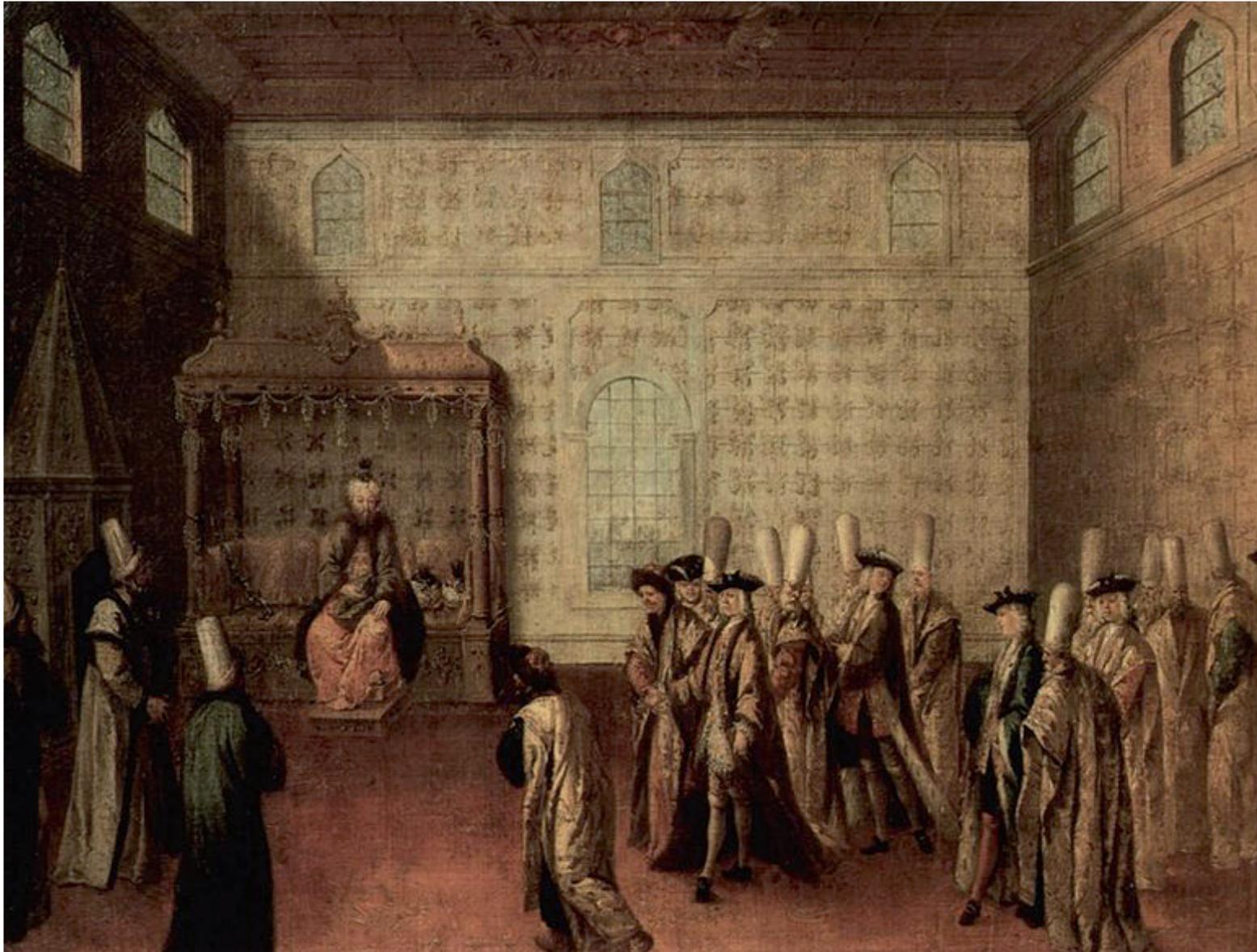




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2016 - Volume 4

www.comparazionedirittocivile.it

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Gabriella Autorino (Università degli Studi di Salerno), Aldo Berlinguer (Università degli Studi di Cagliari), Guido Biscontini (Università degli Studi di Camerino), Irina J. Bogdanovskaya (Moscow National Research University), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno), Rosaria Giampetraglia (Università Parthenope di Napoli), Raffaele Lener (Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"), Mark R. Lee (University of San Diego), Gaspare Lisella (Università degli Studi del Sannio di Benevento), Fiona Macmillan (Birbeck College – University of London), Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia), Manuel David Masseno – (Instituto Politécnico de Beja), Carlo Mazzù (Università degli Studi di Messina), Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo), Elina Moustaira (National and Kapodistrian University of Athens), Francesco Ruscello (Università degli Studi di Verona), Manoel J. Santos (Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo), Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno), Livia Saporito (Seconda Università degli Studi di Napoli), Angelo Saturno† (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno), Bruno Troisi (Università degli Studi di Cagliari), Giuseppe Vecchio (Università degli Studi di Catania), Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno), Paolo Zatti (Università degli Studi di Padova).

Coordinatore del comitato scientifico

Pierluigi Matera (Link Campus University - Roma)

Comitato di redazione

Biagio Andò (Università degli Studi di Catania), Domenico Apicella (Università degli Studi di Salerno), Antonio Astone (Università degli Studi di Messina), Valentina Barela (Università degli Studi di Salerno), Başak Başoğlu (Istanbul Bilgi Üniversitesi), Aura Bertoni (Ask Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Nicola Brutti (Università degli Studi di Padova), Salvatore Casabona (Università degli Studi di Palermo), Claudia Cascione (Università degli Studi di Bari), Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia), Alessandra Cordiano (Università degli Studi di Verona), Cristina Costantini (Università degli Studi di Bergamo), Cristina Dalia (Università degli Studi di Salerno), Amalia Chiara Di Landro (Università Mediterranea di Reggio Calabria), Vincenzo Durante (Università degli Studi di Padova), Giovanni Facci (Università degli Studi di Bologna), Rigas Giannopoulos (Aristotle University of Thessaloniki), Marco Juric (University of Zagreb), Nevena Krivokapić (University of Belgrad), Leysser Léon-Hilario (Pontificia Universidad Católica del Perú), Antonio Legerén Molina (Universidade de Coruña), Francesca Maschio (Università degli Studi Roma Tre), Bruno Meoli (Università degli Studi di Salerno), Luigi Nonne (Università degli Studi di Sassari), Daniela Noviello (Università Link Campus - Roma), Annamaria Giulia Parisi (Università degli Studi di Salerno), Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo), Elena Poddighe (Università degli Studi di Sassari), Radim Polcack (Masarykova Univerzita - Brno), Tito Rendas (Universidade Católica Portuguesa), Paolo Rocca Comite Mascambruno (Università degli Studi di Salerno), Giacomo Rojas Elgueta (Università degli Studi di Roma Tre), Pieremilio Sammarco (Università degli Studi di Roma Tre), Mauro Serra (Università degli Studi della Basilicata), Giuseppe Spoto (Università degli Studi Roma Tre), Maria Gabriella Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Andrea Stazi (Università Europea di Roma), Derya Tarman (Koc Üniversitesi - Istanbul), Maria Tommasini (Università degli Studi di Messina), Claudia Troisi (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Vigliar (Università degli Studi di Salerno), Filippo Viglione (Università degli Studi di Padova), Giovanni Ziccardi (Università degli Studi di Milano).

Comitato per la valutazione

Stathis Banakas (University of East Anglia, Norwich), Alberto Maria Benedetti (Università degli Studi di Genova), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Adolfo Di Majo (Università degli Studi "Roma Tre"), Silvia Diaz Alabart (Universidad Complutense de Madrid), Vincenzo Cesaro (Università degli Studi di Napoli "Parthenope"), Tommaso Edoardo Frosini (Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"), Jay P. Kesan (University of Illinois), Claudia Lima Marques (Universidade Federal Rio Grande do Sul), Fiona Macmillan (Birkbeck College - University Of London), Ulrich Magnus (Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg), Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia), Pier Giuseppe Monateri (Università degli Studi di Torino), Maria Lilla Montagnani (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Alfonso Hernández Moreno (Universitat de Barcelona), Helena Mota (Universidade do Porto), Oreste Pollicino (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Antonino Procida Mirabelli di Lauro (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), Pietro Rescigno (Università degli Studi "La Sapienza" di Roma), Giorgio Resta (Università degli Studi "Roma Tre"), Paolo Ridola (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), Liliana Rossi Carleo (Università degli Studi "Roma Tre"), Alessandro Somma (Università degli Studi di Ferrara), Raffaele Torino (Università degli Studi di "Roma Tre").

Comparazione e Diritto Civile – P.zza Caduti Civili di Guerra, 1 - Salerno
Testata registrata presso il Tribunale di Salerno n. 18 del 21/04/2010
Direttore Responsabile: Salvatore Sica
Per informazioni in merito a contributi e articoli, scrivere a: info@comparazionedirittocivile.it

ISSN 2037-5662

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



4/2016

INDICE

DOTTRINA

On the relevance of big data for the formation of contracts regarding package tours or linked travel arrangements, according to the new package travel directive.

Manuel David Masseno 2

I poteri speciali dopo la privatizzazione delle imprese statali: una storia infinita

Tullio Fenucci 14

Right to health in the brics' context: distances and proximities

Sandra Regina Martini..... 64

Profili civilistici della violenza di genere tra obblighi sovranazionali e modelli alternativi

Giovanni Sciancalepore 76

Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche

Annamaria Giulia Pari. 96

STUDI E RICERCHE

Riflessioni in tema di Donazione in fieri, usucapione e interversione della detenzione in possesso

Carlo d'Orta..... 114

NOTE E RECENSIONI

L'incompatibilità del regime dell' impresa familiare con i modelli societari

Andrea Palmisano 137

About data protection: when the retention becomes unlawful

Federica Pezza 160

GIURISPRUDENZA

Esecuzione forzata.

Cass. Civ. Sez. Unite, sent., 15-11-2016, n. 23225..... 165

Marchio figurativo anteriore dell'Unione europea contenente l'elemento verbale "bambino" –
Parziale diniego di registrazione.

Corte di Giustizia, Decima Sezione, 26 ottobre 2016 - C482/2015.....177



4/2016

DOTTRINA

ON THE RELEVANCE OF *BIG DATA* FOR THE FORMATION OF CONTRACTS REGARDING *PACKAGE TOURS* OR *LINKED TRAVEL ARRANGEMENTS*, ACCORDING TO THE NEW PACKAGE TRAVEL DIRECTIVE^{*1}

MANUEL DAVID MASSENO

SOMMARIO: 1. When the Internet became the main distribution channel for Travel Services. - 2. Meanwhile, the Big Data Wave Swept the Travel and Tourism Industries. - 3. Protecting Travellers from *Big Data* Empowered Traders.

1. As stated by Recital 2 of the 2015 Directive, “In addition to traditional distribution chains, the internet has become an increasingly important medium through which travel services are offered or sold. Travel services are not only combined in the form of traditional pre-arranged packages, but are often combined in a customised way. Many of those combinations of travel services are either in a legal ‘grey zone’ or are clearly not covered by Directive 90/314/EEC. This Directive aims to adapt the scope of protection to take account of those developments, to enhance transparency, and to increase legal certainty for travellers and traders”.

In fact, from the start of the legislative procedure that lead to the adoption of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, intending to cope with the digital challenges was one of the main objectives declared by the European Commission².

¹ In full, Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC.

² Explicitly at the Explanatory Memorandum of the Proposal (COM(2013) 512 final, of 9.7.2013). On the contents and objectives of the Proposal, in general, K. Tonner, “Modernising package travel: towards a new



These policy challenges were further, and briefly, analysed and addressed at an accompanying Communication³. Namely, the focus was placed on the material scope of the Directive, defining “packages” and “assisted travel arrangements”, both tending to be increasingly performed online, with a special attention to “dynamic packaging” and its impact on consumers⁴.

However, the effects resulting from the technological platforms supporting both were not taken into consideration, not even those concerning the Artificial Intelligence applications that made possible “dynamic packaging”⁵.

As a consequence, the Directive relies entirely on an, intended to be, clear, distinction between “packages”, pre-arranged or built in interaction with the purchaser,⁶ and “linked travel arrangements”⁷, also with an interaction of the latter, but without any explicit attention to the underlying technologies.

Directive”. In *IFTTA Law Review*, 1-2011, S. Keiler, “Proposal for a new Directive on package travel and assisted travel arrangements”. In *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2013, J. M. Bech Serrat, “An overview of the proposal for a new Package Travel Directive”, In *IFTTA Law Review*, 1-2014. For a better understanding of the context of the Proposal, Z. Yaquib, “The Package Travel Directive”. In Z. Yaquib & B. Bedford, *European Travel Law*. Chichester: John Wiley & Sons, 1997, *maxime* pp. 47-52, S. Storm & M. McDonald, “Consumer Protection in the Tourism Industry”, In M. McDonald, *et al.*, *European Community Tourism Law and Policy*. Dublin: Blackhall Publishing, 2003, *maxime* pp. 278-292, D. Grant & S. Mason. *Holiday Law*. London: Sweet & Maxwell, 2003, pp. 31-60, H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner & M. Ebert, Ed., “Comparative Analysis of the Package Travel Directive (90/314). In *EC Consumer Law Compendium*. Brussel: European Commission, 2008, as well as J. Estol & X. Font, “European Tourism Policy: Its Evolution and Structure”. In *Tourism Management*, Vol. 52, 2016.

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on ‘Bringing the EU Package Travel Rules Into the Digital Age’, COM (2013) 513 final.

⁴ London Economics, *on Consumer Detriment in the Area of Dynamic Packages – Final Report to the European Commission – Health and Consumers DG*, November 2009.

⁵ On these, J. Cardoso. “Developing Dynamic Packaging Systems using Semantic Web Technologies”, In *Transactions on Information Science and Applications*. Vol. 3-4, 2006, and F. Zach, U. Gretzel & D.R. Fesenmaier, “Tourist Activated Networks: Implications for Dynamic Packaging Systems in Tourism”. In P. O’Connor, W. Höpken & U. Gretzel, Eds. *Information and Communication Technologies in Tourism 2008*. Proceedings of the International Conference in Innsbruck, Austria, 2008. Berlin-Heidelberg: Springer, analysed by R.A. Ayazlar, “Dynamic Packaging Applications in Travel Agencies”. In *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, Vol. 131, 2014.

⁶ “It should be clarified that travel services combined after the conclusion of a contract by which a trader entitles a traveller to choose among a selection of different types of travel services, such as in the case of a package travel gift box, constitute a package. Moreover, a combination of travel services should be considered to be a package where the traveller’s name, payment details and e-mail address are transmitted between the traders and where another contract is concluded at the latest 24 hours after the booking of the first travel service is confirmed.” (Recital 11), and, “Since travel services may be combined in many different ways, it is appropriate to consider as packages all combinations of travel services that display features which travellers typically associate with packages, in particular where separate travel services are combined into a single travel product for which the organiser assumes responsibility for proper performance. In accordance with the case-law of the Court of Justice of the European Union, it should make no difference whether travel services are combined before any contact with the traveller or at the request of or in accordance with the selection made by the traveller. The same principles should apply irrespective of whether the booking is made through a high street trader or online.” (Recital 8).

⁷ “At the same time, linked travel arrangements should be distinguished from travel services which travellers book independently, often at different times, even for the purpose of the same trip or holiday. Online linked travel arrangements should also be distinguished from linked websites which do not have the objective of



So, “For the sake of transparency, packages should be distinguished from linked travel arrangements, where online or high street traders facilitate the procurement of travel services by travellers leading the traveller to conclude contracts with different travel services providers, including through linked booking processes, which do not contain the features of a package and in relation to which it would not be appropriate to apply all of the obligations applicable to packages” (Recital 9).

Then, the legal texts are coherent with these options⁸, including the scope and the contents of the pre-contractual information to be provided⁹, as “This Directive applies to

concluding a contract with the traveller and from links through which travellers are simply informed about further travel services in a general way, for instance where a hotel or an organiser of an event includes on its website a list of all operators offering transport services to its location independently of any booking or if ‘cookies’ or meta data are used to place advertisements on websites.” (Recital 12),⁷ besides “Specific rules should be laid down for both high street and online traders which assist travellers, on the occasion of a single visit or contact with their point of sale, in concluding separate contracts with individual service providers and for online traders which, for instance, through linked online booking processes, facilitate in a targeted manner the procurement of at least one additional travel service from another trader, where a contract is concluded at the latest 24 hours after the confirmation of the booking of the first travel service. Such facilitation will often be based on a commercial link involving remuneration between the trader who facilitates the procurement of additional travel services and the other trader, regardless of the calculation method of such remuneration which might, for instance, be based on the number of clicks or on the turnover. Those rules would apply, for example, where, along with the confirmation of the booking of a first travel service such as a flight or a train journey, a traveller receives an invitation to book an additional travel service available at the chosen travel destination, for instance, hotel accommodation, with a link to the booking website of another service provider or intermediary. While those arrangements should not constitute packages within the meaning of this Directive, under which one organiser is liable for the proper performance of all travel services, such linked travel arrangements constitute an alternative business model that often competes closely with packages.” (Recital 13).

⁸ So, “[2] ‘package’ means a combination of at least two different types of travel services for the purpose of the same trip or holiday, if: (a) those services are combined by one trader, including at the request of or in accordance with the selection of the traveller, before a single contract on all services is concluded; or (b) irrespective of whether separate contracts are concluded with individual travel service providers, those services are: [...] (iv) combined after the conclusion of a contract by which a trader entitles the traveller to choose among a selection of different types of travel services, or (v) purchased from separate traders through linked online booking processes where the traveller’s name, payment details and e-mail address are transmitted from the trader with whom the first contract is concluded to another trader or traders and a contract with the latter trader or traders is concluded at the latest 24 hours after the confirmation of the booking of the first travel service.” as “[5] ‘linked travel arrangement’ [that] means at least two different types of travel services purchased for the purpose of the same trip or holiday, not constituting a package, resulting in the conclusion of separate contracts with the individual travel service providers, if a trader facilitates: (a) on the occasion of a single visit or contact with his point of sale, the separate selection and separate payment of each travel service by travellers; or (b) in a targeted manner, the procurement of at least one additional travel service from another trader where a contract with such other trader is concluded at the latest 24 hours after the confirmation of the booking of the first travel service.” (Art. 3). On these concepts, S. Mason & M. Gatenby, “The New Package Travel Directive: The Definition of Package and Assisted Travel Arrangement”. In *Travel Law Quarterly*, November 2016 <<http://www.travellawquarterly.co.uk/resources/misc-other-resources/new-package-travel-directive-definition-package-assisted-travel-arrangement/H>>.

⁹ “1. Member States shall ensure that, before the traveller is bound by any package travel contract or any corresponding offer, the organiser and, where the package is sold through a retailer, also the retailer shall provide the traveller with the standard information by means of the relevant form as set out in Part A or Part B of Annex I, and, where applicable to the package, with the following information: (a) the main characteristics of the travel services [...]; (b) the trading name and geographical address of the organiser and, where applicable, of the retailer, as well as their telephone number and, where applicable, e-mail address; (c)



packages offered for sale or sold by traders to travellers and to linked travel arrangements facilitated by traders for travellers.” (Art. 2 (1). Continuing this information to be binding, as previously, along with the applicability of Directive 2005/29/EC, of the European Parliament and of the Council, of 11 May 2005, concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market [...] (“Unfair Commercial Practices Directive”)¹⁰.

Regarding online contracting of “packages” or “linked travel arrangements”, we should also have in mind that, whereas Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council, of 25 October 2011, on consumer rights, is not applicable (Art. 3(3) g), both are “information society services”¹¹, falling within the scope of Directive

the total price of the package inclusive of taxes and, where applicable, of all additional fees, charges and other costs or, where those costs cannot reasonably be calculated in advance of the conclusion of the contract, an indication of the type of additional costs which the traveller may still have to bear; (d) the arrangements for payment, including any amount or percentage of the price which is to be paid as a down payment and the timetable for payment of the balance, or financial guarantees to be paid or provided by the traveller; (e) the minimum number of persons required for the package to take place and the time-limit, referred to in point (a) of Article 12(3), before the start of the package for the possible termination of the contract if that number is not reached; (f) general information on passport and visa requirements, including approximate periods for obtaining visas and information on health formalities, of the country of destination; (g) information that the traveller may terminate the contract at any time before the start of the package in return for payment of an appropriate termination fee, or, where applicable, the standardised termination fees requested by the organiser, in accordance with Article 12(1); (h) information on optional or compulsory insurance to cover the cost of termination of the contract by the traveller or the cost of assistance, including repatriation, in the event of accident, illness or death. [...]. 2. With reference to packages as defined in point (b)(v) of point 2 of Article 3 the organiser and the trader to whom the data are transmitted shall ensure that each of them provides, before the traveller is bound by a contract or any corresponding offer, the information set out in points (a) to (h) of the first subparagraph of paragraph 1 of this Article in so far as it is relevant for the respective travel services they offer. The organiser shall also provide, at the same time, the standard information by means of the form set out in Part C of Annex I. 3. The information referred to in paragraphs 1 and 2 shall be provided in a clear, comprehensible and prominent manner. Where such information is provided in writing, it shall be legible.” (Art. 5). On the basis for these enhanced information duties, J.A. Luzak, “Vulnerable Travellers in the Digital Age”. In *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 2016-3.

¹⁰ “1. Member States shall ensure that the information provided to the traveller pursuant to points (a), (c), (d), (e) and (g) of the first subparagraph of Article 5(1) shall form an integral part of the package travel contract and shall not be altered unless the contracting parties expressly agree otherwise. The organiser and, where applicable, the retailer shall communicate all changes to the pre-contractual information to the traveller in a clear, comprehensible and prominent manner before the conclusion of the package travel contract. 2. If the organiser and, where applicable, the retailer has not complied with the information requirements on additional fees, charges or other costs as referred to in point (c) of the first subparagraph of Article 5(1) before the conclusion of the package travel contract, the traveller shall not bear those fees, charges or other costs. (Art. 6). On this subject, specifically, F. Sebastio, “Protection of consumer’s dream holidays: UCPS in the travel package services”. In *Italian Antitrust Review*, 2014-1(2), on 1990 PTD, and M.B.M. Loos, “Precontractual information obligations for package travel contracts”. In *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 2016-3, on the 2015 Directive.

¹¹ That is “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services. For the purposes of this definition: - “at a distance” means that the service is provided without the parties being simultaneously present, - “by electronic means” means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means, - “at the individual request of a recipient of services” means that the service is provided through the transmission of data on individual request.” (Art.



2000/31/EC, of the European Parliament and of the Council, of 8 June 2000, on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')¹²¹³

1(2) of Directive 98/34/EC, of the European Parliament and the Council, of 22 June 1998, laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services, as amended by Directive 98/48/EC, of the European Parliament and the Council, of 20 July 1998)

¹² On this subject, M. Lonnfors, "The Relationship between the Legal Regulation of Communications Technology (CT) and Travel and Tourism in the EU". In *16th BILETA Annual Conference*, 2011, Edinburgh <[http://www.bileta.ac.uk/content/files/conference%20papers/2001/The%20Relationship%20between%20the%20Legal%20Regulation%20of%20Communications%20Technology%20\(CT\)%20and%20Travel%20and%20Tourism%20in%20the%20EU.pdf](http://www.bileta.ac.uk/content/files/conference%20papers/2001/The%20Relationship%20between%20the%20Legal%20Regulation%20of%20Communications%20Technology%20(CT)%20and%20Travel%20and%20Tourism%20in%20the%20EU.pdf)>, J.B. Bech Serrat, "Why is there a Separation between Distance Selling in EU Law and the Tourism Industry?". In *Journal of Consumer Policy*, Vol. 33-1, 2010, Idem. *Selling Tourism Services at a Distance: An Analysis of the EU Consumer Acquis*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2012, and N. Fernández Pérez, "The Essential Review of the European Legal Framework for Distance Selling of Tourist Services". In *Papers de Turisme*, 54, 2013, as well as the recent general review of G. Straetmans, "Misleading practices, the consumer information model and consumer protection". In *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. Issue 5-5, 2016.

¹³ Since we are dealing with services, the Proposals, presented by the Commission the 9.12.2015, for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods (COM/2015/0635 final) and for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (COM/2015/0634 final), will not be taken into consideration.



2. For a pre-understanding, based on EU sources, “Big data refers to the exponential growth both in the availability and in the automated use of information: it refers to gigantic digital datasets held by corporations, governments and other large organisations, which are then extensively analysed (hence the name: analytics) using computer algorithms”¹ or, likewise, “The term ‘big data’ refers to large amounts of different types of data produced with high velocity from a high number of various types of sources. Handling today's highly variable and real-time datasets requires new tools and methods, such as powerful processors, software and algorithm. Going beyond traditional ‘data mining’ tools designed to handle mainly low-variety, small scale and static datasets, often manually”²

To sum things up, *Big Data Analytics*, or just *Big Data*, is the recent result of the availability of huge data storing facilities through *Cloud Computing*, interconnected by very wideband cables and massive processing power, now accessible even to small and medium-sized enterprises. But, beyond this sort of *brute force*, that made possible a cheap access to massive amounts of data, in real-time, the effective breakthrough are Artificial Intelligence algorithms that are able to take notice of minor changes in patterns and identify non-obvious correlations, and adapt themselves as this is a form of “machine learning”.

These algorithms reach beyond usual analytics as they are not intended to find answers to predetermined questions, for instance related to the causes of certain behaviour, but lead to the finding of connections and relationships between data that are unexpected and were previously unknown. Based on these correlations, predictions will be made, and a new algorithm can be created and applied to particular cases, in the future³.

More than in other industries, *Big Data* has been a reality in Travel and Tourism. Commercial communication and reservations made by transportation companies, starting with airlines, but also hotel and rental car businesses have always left data trails. The same, with travel agencies, since a long time relying on Global Distribution Systems⁴.

Now, the sources of the available data have multiplied, from general and travel social media, to comments written at online magazines or apposite boxes at various providers' webpages. To this, we should add all the data coming from location sensors, in interaction with mobile devices, of paramount relevance in this field. Notwithstanding other sources, as weather forecasts or political, or economical, or public health, news and analyses, now available in real time and immediately combined with all other data.

¹ According to the Article 29 Data Protection Working Party Opinion 3/2013, on purpose limitation, of 24.2013.

² As stated at the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "Towards a thriving data-driven economy" (COM(2014) 442 final, of 2.7.2014).

³ For a basis, see the following reports, by J. Manyika *et al.*, *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011, the NESSI - Networked European Software and Services Initiative White Paper, *Big Data - A New World of Opportunities*, December 2012, as R. Souza *et al.* *How to get started with big data. BCG perspectives*. The Boston Consulting Group, May 2013, and Ph. Russom. *Managing big data*. The Data Warehousing Institute, 2013.

⁴ For a general approach on the actual relevance of *Big Data* for Travel and Tourism industries, with the analysis of cases, Th.H. Davenport, *At the Big Data Crossroads: turning towards a smarter travel experience*. Amadeus IT Group, 2013; a more critical perspective is the one provided by Ch. Jouan, Org. *Big Data - The Impact on Travel & Tourism*. Future Foundation, for the 14th WTTC – the *World Travel and Tourism Council Global Summit*, Hainan / China, 2014. <[Hhttp://www.wttc.org/-/media/files/reports/special-and-periodic-reports/wttc_big_data_report_final.pdf](http://www.wttc.org/-/media/files/reports/special-and-periodic-reports/wttc_big_data_report_final.pdf)>.



But, what is the specific relevance of *Big Data* for the Travel Industry, besides a much better decision support, making possible faster adjustments to even micro trends in local markets demands and internal decisions in order to improve efficiency?

For a proper answer, the keyword is personalisation, as *Big Data Analytics* allows the creation of new packages customised in order to fulfil the requests, and also the implied desires, of each client. Namely, it may refer to the past experience with that traveller, repeating offers as seasonal trends are identified, not mechanically but taking into consideration not only the explicit feedback received from that given person but also all the available data. Another line has to do with the personal, or institutional, relationships from information on family, or sports, events, being the behaviour of social networks “friends” a major source of relevant data. One more, mostly related to “linked travel arrangements”, has to do with secondary offers, based on the profile of each prospective purchaser, even without a previous business record with the trader. In all these offers, a quite relevant role is performed by location data, with an upmost relevance regarding additional services, or alternative arrangements in case of non-performance of given travel services, in real time and reducing the basis for conflicts⁵.

⁵ “Where a significant proportion of the travel services cannot be provided as agreed in the package travel contract, the organiser shall offer, at no extra cost to the traveller, suitable alternative arrangements of, where possible, equivalent or higher quality than those specified in the contract, for the continuation of the package, including where the traveller's return to the place of departure is not provided as agreed. // Where the proposed alternative arrangements result in a package of lower quality than that specified in the package travel contract, the organiser shall grant the traveller an appropriate price reduction. // The traveller may reject the proposed alternative arrangements only if they are not comparable to what was agreed in the package travel contract or the price reduction granted is inadequate.” (Art. 13(5))



3. Now, *Big Data* is a pervasive reality, necessary for the competitiveness of European companies, as well as for the general efficiency of our Societies. Therefore, the European Commission designed strategies in order to take full advantages from the inherent challenges¹.

One of the basis of these strategies is the compliance with the Fundamental Rights of European Citizens, especially regarding the overlapping of consumer protection with personal data protection, both reaching a new importance after the *Treaty of Lisbon*.²

As a matter of fact, business models based on *Big Data* might lead to a permanent control of costumers' behaviour, with data collected in real time and retained for undisclosed terms, in order to obtain information even for originally unforeseen objectives, leading to a quite impressive and enhanced information asymmetry.

In order to achieve this control, companies have now the tools needed to create detailed profiles of each client, latter used to assess and discern his, or her, behaviour. Besides, *Big Data* makes anonymization reversible, albeit Privacy Enhancement Technologies are becoming mandatory.

Therefore, the European Institutions³, and other bodies⁴, did pay a close attention to this subject, even because this was one of the problems to be addressed by the

¹ Starting with the, referred, Communication from Commission, 'Towards a thriving data-driven economy' (COM(2014) 442 final, of 2.7.2014), along with the Commission Staff Working Document - Report on the Implementation of the Communication 'Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe' (SWD(2014) 214 final, also of 2.7.2014), reinforced by Communication 'A Digital Single Market Strategy for Europe' (COM(2015) 192 final, of 6.5.2015) and developed with Communication 'Connectivity for a Competitive Digital Single Market - Towards a European Gigabit Society' (COM(2016) 587 final, of 14.9.2016)

² As stated by the systematic insertion at the *Treaty on the Functioning of the European Union*, Art. 12 for consumer protection and Art. 16 for the protection of personal data, as well as at the *Charter of Fundamental Rights*, Art. 8 for the protection of personal data and Art. 38 for consumer protection, now with an enhance role, as established by Art. 6 of the *Treaty of the European Union*. For a general perspective, for instance, I. Pernice, "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights". In S. Griller & J. Ziller, Eds, *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*. Wien / New York: Springer, 2008, pp. 235-256, and S. Douglas-Scott, "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon", In *Human Rights Law Review*, Vol. 11-4, 2011, specifically, W. Kerber, "Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection". In *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11-10, 2016.

³ The Commission at the, mentioned, Communications, 'Towards a thriving data-driven economy' (COM(2014) 442 final, of 2.7.2014, and 'A Digital Single Market Strategy for Europe' (COM(2015) 192 final, of 6.5.2015); being the European Data Protection Supervisor more assertive, from the Preliminary Opinion 'Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy', of March 2014, reinforced by Opinion 4/2015: 'Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology', of 14.9.2015, closely followed by Opinion 7/2015, 'Meeting the challenges of big data - A call for transparency, user control, data protection by design and accountability', of 19.11.2015, and updated by Opinion 8/2016, 'EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data', of 23.9.2016.

⁴ As the Article 29 Working Party, that had a first approach this subject with Opinion 2/2010, on 'online behavioural advertising', adopted the 22.6.2010, followed by Opinion 05/2012, on 'Cloud Computing', of 1.7.2012, and by Opinion 3/2013, on 'purpose limitation', of 2.4.2013, the same for Opinion 8/2014, on the 'Recent Developments on the Internet of Things', as well as the 'Statement on Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU', both of 16.9.2014.



comprehensive reform of the European data protection rules that started at January 2012⁵. The same for Academia⁶, even regarding Travel Law⁷.

However, since the adoption of the General Data Protection Regulation was lagging, the Court of Justice of the EU made a stand towards Big Internet Companies, with its decision on the *Google Spain Case*⁸.

Very briefly, we should remember that, not following the demeaning Opinion of the Advocate General, the Court achieved an interpretation of the applying rules (Directive 95/46/EC, of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) based on the new relevance of informational self-determination after the *Treaty of Lisbon* and on a standard of technology neutrality⁹.

Despite the fact that Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) will not be applicable before

⁵ The Proposal for a Regulation, of the European Parliament and of the Council, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012) 11 final) and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data (COM/2012/010 final), both of 25.1.2012.

⁶ I.S. Rubinstein, “Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?”. In *International Data Privacy Law*, Vol. 3-2, 2013, A. Mantelero & G. Vaciago, “The 'Dark Side' of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance. How data collections by private entities affect governmental social control and how the EU reform on data protection responds in Social Surveillance”. In *Computer Law Review International*. 2013-6, P. Leonard, “Doing big data business: evolving business models and privacy regulation”. In *International Data Privacy Law*, 2014-1, K. Krasnow Waterman & P.J. Bruening, “Big Data analytics: risks and responsibilities”. In *International Data Privacy Law*, Vol. 4-2, 2014, R. Kemp, “Legal aspects of managing Big Data”. In *Computer Law & Security Review*. Vol. 30-4, 2014, L. Moerel. *Big Data Protection. How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*. Tilburg University, 2014, G. González Fuster & A. Scherrer, *Big Data and smart devices and their impact on privacy*. Study for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE) of the European Parliament, September 2015, B. van der Sloot & S. van Schendel, “Ten Questions for Future Regulation of Big Data: A Comparative and Empirical Legal Study”. In *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 7-2, 2016 <[Hhttps://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-2-2016/4438H](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-2-2016/4438H)>, and also A. Mantelero, “Personal data for decisional purposes in the Age of Analytics: from an individual to a collective dimension”. In *Computer Law & Security Review*, Vol. 32-2, 2016, this being an insight into an analysis of travellers as such.

⁷ M. Colangelo & V. Zeno-Zencovich, “Online Platforms, Competition Rules and Consumer Protection in Travel Industry”. In *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 2016-2.

⁸ The Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 May 2014 (C-131/12). *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*.

⁹ On this issue, the Article 29 Working Party, at 26.11.2014, adopted “Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on ‘Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González’ C-131/12, 26 November 2014, for further and somewhat divergent analysis, I. Iglezakis, “The Right To Be Forgotten in the Google Spain Case (case C-131/12): A Clear Victory for Data Protection or an Obstacle for the Internet?”, July 26, 2014, available at SSRN: <[Hhttps://ssrn.com/abstract=2472323H](https://ssrn.com/abstract=2472323H)>, H. Crowther, “Google v Spain: is there now a ‘right to be forgotten?’”. In *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 9—11, 2014, and B. Van Alsenoy & M. Koekkoek, “Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the ‘right to be delisted’”. In *International Data Privacy Law*, Vol. 5-2, 2015.



the 25 May 2018, Professional Legal Operators related to the Travel Industry will need to maintain a permanent dialogue with this Regulation, along with the New Packaged Travel Directive, a *dialogue des sources* / *Quellendialog*, in order to achieve the best possible solution in coherence with the pertinent Principles and Fundamental Rights¹⁰.

Pointing out only some of the most pertinent issues respecting *Big Data* in the context of the offer of “package travel contracts” or linked travel arrangements”, the first to be addressed is the territorial scope, as the Regulation “applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.” (namely by a trader, or through a processor, established outside the Territory of the EU Member States, with or without the use of *Cloud Computing*), as well as “to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to: (a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or (b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.” (Art. 3(1)(2)¹¹, hence, with a wider territorial scope than the Package Travel Directive¹².

Besides, processing has to be done with due regard to the Principles of “lawfulness, fairness and transparency”, “purpose limitation”, “data minimisation”, and “storage limitation” (Art. 5(1) a), b) c) and e), greatly restraining the scope of *Big Data Analytics*¹³.

Furthermore, to the data subject are granted rights to object his data processing (Art. 21)¹⁴, including “data portability” (Art. 20)¹⁵, as well as the “right to erasure (‘right to be forgotten’)” (Art. 17)¹⁶, expressly in the context of direct marketing¹⁷.

¹⁰ Following the Method introduced by E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”. In *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, T. 251, 1995, p. 60.

¹¹ According to Art. 2(1) of Directive 2006/123/EC, of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006, on services in the internal market, and Art. 1 and 3 of the Directive on electronic commerce.

¹² On the subject, P. de Hert & M. Czerniawski, “Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context”. In *International Data Privacy Law*, Vol. 6-3, 2016, as well as E.J. Kindt, “Why research may no longer be the same: About the territorial scope of the New Data Protection Regulation”. In *Computer Law & Security Review*, Vol. 32-4.

¹³ As “Personal data shall be: (a) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject (‘lawfulness, fairness and transparency’); (b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes; further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purposes (‘purpose limitation’); (c) adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed (‘data minimisation’); [and] (e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed; personal data may be stored for longer periods insofar as the personal data will be processed solely for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) subject to implementation of the appropriate technical and organisational measures required by this Regulation in order to safeguard the rights and freedoms of the data subject (‘storage limitation’);”, on the precise consequences of this rules, B. Custers & H. Urši, “Big data and data reuse: a taxonomy of data reuse for balancing big data benefits and personal data protection”. In *International Data Privacy Law*, Vol. 6-1, 2016.

¹⁴ “1. The data subject shall have the right to object, on grounds relating to his or her particular situation, at any time to processing of personal data concerning him or her which is based on point (e) or (f) of Article 6(1), including profiling based on those provisions. The controller shall no longer process the personal data unless the controller demonstrates compelling legitimate grounds for the processing which override the



There are also very strong limits to “Automated individual decision-making, including profiling”, as “The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.” (Art. 22(1), even if it “shall not apply if the decision: (a) is necessary for entering into, or performance of, a contract between the data subject and a data controller; (b) is authorised by Union or Member State law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests; or (c) is based on the data subject's explicit consent.” (Art. 22(2). Besides, in this context, “‘profiling’ means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements;” (Art. 4(4)¹⁸.

Finally, we may not forget the relevance of these rules being enforced through strict liability (Art. 82) and very high administrative fines (Art. 83), that may amount to “up

interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims.”

¹⁵ “1. The data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided [...]”.

¹⁶ “1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies: (a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed; (b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing; (c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2); (d) the personal data have been unlawfully processed; (e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject; (f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).” On this, A. Mantelero, “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the 'right to be forgotten'”. In *Computer and Security Review*, Vol. 29-3, 2013, and C. Bartolini & L. Siry, “The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject”. In *Computer Law and Security Review*, Vol. 32-2, 2016.

¹⁷ “2. Where personal data are processed for direct marketing purposes, the data subject shall have the right to object at any time to processing of personal data concerning him or her for such marketing, which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing.” and “3. Where the data subject objects to processing for direct marketing purposes, the personal data shall no longer be processed for such purposes.” (Art. 21), E. Carolan, “The continuing problems with online consent under the EU's emerging data protection principles”. In *Computer Law & Security Review*. Vol. 32-3, 2016.

¹⁸ On this subject, F.J. Zuiderveen Borgesius, “Singing out people without knowing their names – Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation”. In *Computer Law & Security Review*, Vol. 32-2, 2016, and N.J. King & J. Forder, “Data analytics and consumer profiling: Finding appropriate privacy principles for discovered data”. In *Computer Law & Security Review*. Vol. 32-5, 2016, from a mostly technical perspective, B. Goodman & S. Flaxman. “European Union regulations on algorithmic decision-making and a 'right to explanation'”. In *ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning* (WHI 2016), New York <H<https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>>.



to 20 000 000 EUR, or in the case of an undertaking, up to 4 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher”.

Also relevant, within this framework, as they deal with one of the most pervasive tool used on online behavioural advertising, are the rules on the use of ‘cookies’ (Art. 5.3. of Directive 2002/58/EC, of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002, concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), as amended by Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009¹⁹.

¹⁹ About cookies and its regulation, see F. Debusséré, “The EU Privacy Directive: A Monstrous Attempt to Starve the Cookie Monster”. In *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 13-1, 2005, R. Bond. “The EU E-Privacy Directive and Consent to Cookies”. In *The Business Lawyer*, Vol. 68-1, 2012, E. Kosta, “Peeking into the cookie jar: the European approach towards the regulation of cookies”. In *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 21- 4, 2013, J.A. Luzak, “Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies”. In *European Review of Private Law*, 2013-1, Idem, “Privacy Notice for Dummies? Towards European Guidelines on How to Give ‘Clear and Comprehensive Information’ on the Cookies’ Use in Order to Protect the Internet User’s Right to Online Privacy” - Amsterdam Law School Research Paper N. 2013-65 <H<https://ssrn.com/abstract=2350209>>, D. Clifford. “EU Data Protection Law and Targeted Advertising: Consent and the Cookie Monster - Tracking the crumbs of online user behaviour”. In *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 5, 2014 <H<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4095H>>, F.J. Zuiderveen Borgesius. “Personal data processing for behavioural targeting: which legal basis?”. In *International Data Privacy Law*, Vol. 5-3, 2015.



I POTERI SPECIALI DOPO LA PRIVATIZZAZIONE DELLE IMPRESE STATALI: UNA STORIA INFINITA

TULLIO FENUCCI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concetto di privatizzazione. – 3. Nozione di controllo. – 4. Il processo di privatizzazione nel Regno Unito e l'introduzione della *golden share*. – 5. La privatizzazione in Francia e l'*action spécifique*. – 6. Precedenti dei poteri speciali agli albori della legislazione sulle privatizzazioni in Italia. – 7. Il decreto legge n. 332 del 1994 e la versione originaria dei poteri speciali. – 8. L'evoluzione più recente della legislazione italiana in tema di poteri speciali: a) gli anni 1999-2000; b) la legge 350 del 2003 e il D.P.C.M. 10 giugno 2004; c) la *poison pill*; d) il decreto legge n. 21 del 2012, la legge di conversione e i regolamenti attuativi. – 9. Sicurezza nazionale ed economia: il caso del CFIUS negli Stati Uniti. – 10. La normativa italiana in tema di poteri speciali al vaglio della Corte di giustizia europea. – 11. I poteri speciali secondo la Commissione europea. – 12. Le decisioni della Corte di giustizia in tema di poteri speciali e strumenti analoghi nei confronti di paesi diversi dall'Italia: a) negli anni 2002 e 2003; b) negli anni 2006 e 2007; c) dal 2008 in poi. – 13. Conclusioni.

1. Negli ultimi decenni si è assistito al progressivo affievolimento della distinzione tra pubblico e privato. In particolare, la globalizzazione e il processo di integrazione comunitaria a partire dagli anni ottanta e novanta del secolo scorso in molti paesi d'Europa hanno favorito un progressivo mutamento del ruolo dello Stato, che da gestore dell'economia è diventato regolatore. In realtà tale processo di ritiro dello Stato dall'economia da una parte non è stato costante, visto che, a partire dall'autunno del 2008, a seguito della profonda crisi economico-finanziaria di livello mondiale in molti paesi è stato necessario procedere a salvataggi di istituti bancari e al finanziamento di grandi imprese in crisi, dall'altra non sempre ha prodotto un'effettiva liberalizzazione dei settori privatizzati.

Eppure la privatizzazione delle imprese pubbliche ha giocato una parte molto importante nel mutamento del ruolo dello Stato in economia.

Il primo paese in Europa che varò un ampio programma di privatizzazione fu il Regno Unito. Bisogna notare che fin dall'inizio degli anni ottanta del XX secolo in tale paese la privatizzazione delle imprese pubbliche fu accompagnata dall'introduzione di speciali azioni di valore irrisorio che concedevano allo Stato l'esercizio di poteri speciali sulle società derivanti dal processo di privatizzazione. Per identificare questa particolare categoria di azioni fu utilizzata l'espressione *golden share*. Il principale obiettivo di tali azioni, perseguito in tutti i paesi europei che hanno poi adottato strumenti simili, è la protezione di interessi strategici dello Stato mediante la conservazione di speciali poteri sulle imprese pubbliche privatizzate.

Strumenti di tal genere, talvolta non riconducibili neppure alla proprietà di un numero simbolico di azioni¹, possono conferire diversi tipi di diritti, come ad esempio la

¹ A tal proposito v. S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, p. 347, secondo cui con la *golden share* lo Stato conserva la qualità di azionista, sebbene



riserva di nomina di alcuni amministratori delle società su cui gravano, il diritto di veto nei confronti di decisioni strategiche nella vita delle società o l'obbligo di ottenere autorizzazioni dallo Stato prima di adottare certe delibere. Azioni con speciali diritti possono essere previste da una specifica legge che disciplina la privatizzazione delle imprese pubbliche globalmente oppure da leggi riguardanti la privatizzazione di un'impresa pubblica in particolare.

La recente emanazione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in presenza di una rinnovata spinta verso la privatizzazione, è un'ulteriore ragione per riflettere sul ruolo che attualmente svolge lo Stato nei settori economici strategici nel nostro paese².

Il presente lavoro intende esaminare il contenuto, la funzione e la natura dei poteri speciali nelle diverse forme da essi assunte nel nostro paese, con uno sguardo rivolto anche agli strumenti analoghi francesi e britannici e infine la posizione assunta dalle istituzioni comunitarie in merito all'uso di simili strumenti.

possessa azioni per un valore praticamente nullo, invece con i poteri speciali l'intervento pubblico prescinde totalmente dalla titolarità di alcuna azione. Sul punto v. anche S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulle libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 865.

² Si tratta del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", pubblicato in Gazzetta Ufficiale 8 settembre 2016, n. 210.



2. Alcune sintetiche riflessioni sul fenomeno della privatizzazione appaiono indispensabili per la successiva analisi dei poteri speciali.

Il termine “privatizzazione” presenta molteplici significati¹: l’unico elemento comune alla pluralità di situazioni che vengono identificate con tale espressione è stato ravvisato nel processo di avvicendamento tra un modello a carattere privatistico e uno di natura pubblicistica².

Due sono i più tipici significati del termine in questione, che corrispondono in realtà a due differenti fasi dello stesso processo.

In un primo tempo le imprese pubbliche sono trasformate in società per azioni con l’azionista pubblico quale unico proprietario. Tale fase, che può essere definita di privatizzazione formale, è caratterizzata esclusivamente da un cambiamento della forma giuridica, mentre resta in mano pubblica la proprietà delle azioni della società.

La privatizzazione formale rappresenta solo un presupposto della privatizzazione sostanziale, cioè dell’effettiva dismissione delle partecipazioni statali, che comporta la perdita da parte dei pubblici poteri del controllo sull’impresa³. Pertanto la prima è soltanto una fase transitoria, prodromica all’effettiva alienazione delle azioni delle imprese statali agli investitori privati che può avvenire esclusivamente nei casi in cui le imprese pubbliche siano state già trasformate in società per azioni⁴.

Infine si è soliti prendere in considerazione anche un’altra accezione di privatizzazione: la c.d. privatizzazione reale⁵. Con tale espressione non si indica la trasformazione del regime del soggetto da pubblicistico a privatistico ma il passaggio dal monopolio alla libera concorrenza⁶.

¹ Per un’analisi dei vari significati che può assumere il termine privatizzazione v. J. MITCHELL, *Britain: privatisation as myth?*, in AA.VV., *Privatisation and deregulation in Canada and Britain*, Aldershot, U.K., 1990, pp. 15 ss.; C. G. CARDIA, *Profili giuridici della privatizzazione*, Torino, 1994, pp. 3 ss.

² G. GIACCARDI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche: rilevanza della forma pubblica o privata anche alla luce del diritto comunitario*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario: atti del convegno*, Milano, 1996, p. 27; v. anche G. DI GASPARE, voce *Privatizzazioni*, II) *Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, p. 1.

³ Sul punto v. A. GAMBINO, *Il percorso delle privatizzazioni*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1998, pt. 1, p. 394.

⁴ Peraltro è necessario distinguere le privatizzazioni intese come perdita del controllo da parte dei poteri pubblici dalle mere cessioni di quote azionarie di minoranza. Infatti talvolta la cessione di azioni ai privati ha riguardato solo quote di minoranza che non hanno fatto perdere il controllo di tali società allo Stato. Sul punto v. G. GALLI, *Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 474, che notava che meno della metà dei proventi derivanti dalle privatizzazioni degli anni novanta proveniva da un’effettiva cessione del controllo da parte dello Stato.

⁵ Sul punto v. S. FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in AA.VV., *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Milano, 2000, pp. 43-44.

⁶ Infatti si può privatizzare senza liberalizzare e liberalizzare senza privatizzare; ciò può avvenire, nel primo caso, trasferendo ai privati il controllo di un’impresa monopolistica, e nel secondo, garantendo che, in un dato settore e in piena parità, competano imprese pubbliche e imprese private. La privatizzazione produce effetti molto più consistenti se accompagnata o preceduta dalla liberalizzazione. Sul punto v. F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996, pp. 50 ss., secondo il quale la privatizzazione sostanziale delle imprese produttrici di servizi pubblici non è di per sé idonea ad introdurre meccanismi di tipo concorrenziale nei confronti delle imprese in situazione di monopolio naturale o di fatto e anzi in tali settori, se non è preceduta o comunque accompagnata dalla liberalizzazione e da altre misure volte a realizzare un’effettiva concorrenza, determina solo l’effetto negativo di trasferire il monopolio dal settore pubblico a quello privato. V. anche F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001, pp. 34 ss. Inoltre v. Camera dei deputati, XIII legislatura, *Il sistema Paese di fronte alle sfide della moneta unica e della*



Parallelamente a tale triplice distinzione se ne può operare un'altra, tra privatizzazione in senso soggettivo e in senso oggettivo, che però non sembra apportare un contributo innovativo rispetto alla precedente⁷.

Alla privatizzazione sostanziale delle imprese pubbliche gli Stati sono spesso indotti dai molteplici benefici che essa può portare, che bilanciano ampiamente alcuni svantaggi.

Le politiche di privatizzazione hanno avuto spesso come obiettivo la riduzione del debito pubblico: in vari paesi d'Europa⁸ e in particolare nel nostro paese le privatizzazioni sono state giustificate dalla necessità di risanare il bilancio pubblico, riducendone il deficit⁹.

Anche la Comunità europea ha svolto un ruolo importante nel favorire lo sviluppo di politiche di privatizzazione. Infatti la creazione di un mercato unico europeo, con la crescente integrazione economica tra gli Stati membri¹⁰ fino all'introduzione di una moneta unica¹¹, ha fatto venire meno molte forme di regolamentazione nazionale e imposto il rispetto di rigidi parametri in materia di bilancio¹².

Il ritiro dell'intervento dello Stato dall'economia consente una maggiore libertà nella gestione della società, che non deve più sottostare a direttive politiche, ma deve tenere conto solo dei vincoli stabiliti dal mercato, dalle regole del diritto societario ed eventualmente da quelle introdotte dalle autorità di regolazione del settore¹³. Perciò un

globalizzazione dell'economia, I, *Resoconti stenografici*, indagine conoscitiva Commissione V (bilancio, tesoro e programmazione), Roma, 2001, p. 882, secondo cui in Italia tra il 1992 e il 2000 le privatizzazioni non sempre sono state accompagnate dalla liberalizzazione dei relativi settori e ciò sembra che in alcuni casi abbia precluso la possibilità di migliorare il livello qualitativo delle prestazioni a favore degli utenti.

⁷ Su tale distinzione v. M. CARABBA, *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, pp. 558 ss. Con l'espressione privatizzazione in senso soggettivo si intende sia il cambiamento della natura giuridica del soggetto gestore di impresa, che da pubblico diviene privato, che il mutamento della proprietà dell'impresa, con la perdita del controllo da parte dei poteri pubblici: quindi la privatizzazione in senso soggettivo comprende sia il concetto di privatizzazione formale che quello di privatizzazione sostanziale. Invece si ha privatizzazione in senso oggettivo quando si è in presenza di politiche volte a favorire la concorrenza e il libero mercato; in sostanza quando si liberalizza. Pertanto tale concetto può essere assimilato a quello di privatizzazione reale.

⁸ In merito v. S. GRUNDMANN e F. MÖSLEY, *Golden Shares – State control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*, in *Eur. Bank. and Fin. Law Jour.*, 4, 2001-2002, p. 633.

⁹ Sugli effetti che la proprietà di imprese ha sul bilancio dello Stato, v. l'analisi contenuta nel volume Camera dei deputati, XIII legislatura, *Il sistema Paese di fronte alle sfide della moneta unica e della globalizzazione dell'economia*, III, *Le privatizzazioni in Italia dal 1992*, indagine conoscitiva Commissione V (bilancio, tesoro e programmazione), Roma, 2001, p. 43, secondo cui la proprietà da parte dello Stato di aziende ha generato un incremento del debito pubblico.

¹⁰ Sul punto v. R. FAZIOLI, *Dalla proprietà alle regole: l'evoluzione dell'intervento pubblico nell'era delle privatizzazioni*, Milano, 1995, pp. 91 ss.; v. inoltre R. BUCHWITZ, *A positive analysis of European deregulation*, in *Aussenwirtschaft*, vol. 54, IV, 1998, pp. 553 ss.

¹¹ La moneta unica ha rappresentato un forte stimolo alla privatizzazione: sul punto v. D. SCANNAPIECO, *Le privatizzazioni in Italia: una riflessione a dieci anni dal rapporto presentato al ministro del tesoro Guido Carli*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *Guido Carli e le privatizzazioni dieci anni dopo*, Roma, 2001, p. 156.

¹² Nonostante ciò le privatizzazioni nel nostro paese hanno trovato molti ostacoli e resistenze. Sul punto v. F. CAVAZZUTI, *Privatizzazioni imprenditori e mercati*, Bologna, 1996, p. 35, secondo il quale le resistenze alla privatizzazione non provenivano soltanto dal sistema politico, per il timore di perdere la gestione dell'economia tradizionalmente sotto il controllo dei partiti, ma anche da parte dell'alta burocrazia ministeriale.

¹³ Le privatizzazioni sono state indotte anche dal tentativo di migliorare l'efficienza delle imprese, dall'aumento della concorrenza, dalla diffusione della proprietà delle azioni e dall'allargamento del mercato



motivo importante a giustificazione delle privatizzazioni è stato anche quello di rendere efficienti e competitive le imprese, sottraendole alla gestione pubblica¹⁴.

Accanto alle motivazioni che potremmo definire “utilitaristiche”, vi sono da considerare anche quelle “ideologiche”, di significativo rilievo in alcuni paesi, come Regno Unito¹⁵ e Francia¹⁶ ma non in altri, come l'Italia¹⁷. In particolare nei primi due paesi le privatizzazioni hanno costituito un punto importante nei programmi dei partiti e sono state precedute da dibattiti, in cui è stata ampiamente discussa l'opportunità di ridurre il coinvolgimento statale nell'economia. Invece in Italia la legislazione sulla privatizzazione è stata adottata in periodo di grande crisi del sistema politico e non è stata preceduta da molte riflessioni.

A fronte dei vantaggi legati alle motivazioni “utilitaristiche” vi è però lo svantaggio che, in assenza della protezione offerta dalla precedente proprietà pubblica, le società sono suscettibili di subire scalate ostili, volte ad acquisirne la maggioranza delle azioni. Allo scopo di evitare simili conseguenze, nelle società privatizzate operanti in settori ritenuti strategici, i soggetti pubblici spesso conservano poteri speciali di varia natura, non legati all'effettivo peso da essi ricoperti nelle società o anche in assenza di partecipazioni azionarie.

In questi casi alla privatizzazione sostanziale non corrisponde l'effettiva cessazione del controllo pubblico né la piena autonomia decisionale per chi gestisce la società.

borsistico. In merito a questi ultimi due punti in particolare v. F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., p. 18; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. società*, 1994, pp. 387-388.

¹⁴ V. F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., p. 9; S. ZAMBELLI, *Le privatizzazioni in Italia: aspetti giuridici ed economici*, in *Il diritto dell'economia*, 1997, pp. 647 ss.; F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., p. 16. Infatti il sistema dei controlli da parte dei Governi sulle imprese pubbliche ha comportato talvolta forti deviazioni dal criterio dell'interesse pubblico per le penetranti intromissioni politiche nonché per l'inefficienza della burocrazia. In merito, per quanto riguarda l'Italia in particolare, v. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, II, Modena, 1996, p. 544.

¹⁵ Nel Regno Unito si è sentita l'esigenza di privatizzare anche per ridurre il potere di contrattazione dei sindacati. A tal proposito v. J. VICKERS e V. WRIGHT, *The Politics of Industrial Privatisation in Western Europe: an overview*, in *West European Politics*, vol. 11, n. 4, October 1988, *Special Issue on The Politics of Privatisation in Western Europe*, London, pp. 4 ss.; J. RICHARDSON e G. DUDLEY, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna: innovazione di successo e implementazione difficile?*, in *Stato e mercato*, 1996, pp. 239 ss.

¹⁶ Ciò è avvenuto in particolare nell'esperienza francese, vista la tradizionale efficienza delle imprese pubbliche francesi. Sul punto v. A. CECERE, *L'itinerario delle privatizzazioni*, Padova, 1995, p. 45, secondo cui le imprese pubbliche in Francia sono state gestite sempre in maniera efficiente e perciò l'inefficienza non costituiva certo una ragione che potesse giustificare le privatizzazioni. Tuttavia sembra che talvolta anche esse abbiano subito forti perdite; a tal proposito v. N. LONGOBARDI, *Il settore pubblico dell'economia in Francia: formazione, vicende, regole sulla sua estensione*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, p. 427, secondo cui tra le ragioni che hanno determinato la predisposizione di un programma di privatizzazioni in Francia va annoverata anche la circostanza che le imprese pubbliche, a causa di errori di gestione, talvolta hanno conseguito risultati tutt'altro che soddisfacenti.

¹⁷ In tal senso v. A. M. NICO, *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 1307, nota 60. V. anche P. G. JAEGER, voce *Privatizzazioni*, I) *Profili generali*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, p. 1.



3. A questo punto sembra opportuno interrogarsi sul significato del termine “controllo”. In realtà tale concetto assume una molteplicità di significati, a seconda degli ordinamenti e delle epoche storiche. Ciò si spiega anche con la circostanza che tale termine non appartiene esclusivamente al mondo del diritto. Infatti esso viene utilizzato in molteplici contesti, tanto che la parola “controllo” viene usata molto di frequente persino nel linguaggio della nostra vita quotidiana. Nello stesso campo giuridico si riscontrano definizioni differenti a seconda dell’ordinamento che si prende in considerazione e spesso significati diversi anche nell’ambito dello stesso ordinamento¹.

Numerosi sono i termini utilizzati per identificare l’attività di controllo. Infatti il controllo può essere inteso come verifica, riscontro, accertamento, ispezione, vigilanza etc. ma anche come dominio.

Tradizionalmente si distingue² la nozione di derivazione francese, secondo cui per controllo s’intende una verifica su un atto o su un’attività altrui al fine di valutarne la conformità a regole giuridiche o a parametri di altra natura³, da quella di derivazione inglese, secondo cui il controllo è il dominio di un gruppo su un altro o di una società su un’altra⁴.

Come è noto, sulla prima accezione nel diritto pubblico italiano vi è una vasta letteratura⁵.

¹ Sul punto v. P. PICONE e G. SACERDOTO, *Diritto internazionale dell’economia*, Milano, 1991, p. 707.

² A tal proposito v. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 27 ss.

³ V. S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, vocabolo “controllo”, III, Torino, 1971, p. 700, secondo cui per controllo si intende l’attività di riesame o revisione che un organo compie sull’attività svolta o sugli atti giuridici posti in essere da altro organo per accertarne la conformità alle regole che quest’ultimo deve seguire.

⁴ Sull’accezione di controllo di derivazione anglosassone v. V. R. CASULLI, Voce *Controllo*, in *Nss. D.I.*, IV, Torino, 1959, pp. 730-731; AA.VV., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, p. 1153. Qui il controllo è considerato come una relazione fra società o fra soggetti imprenditoriali sulla scorta della quale il controllante ha la possibilità di indirizzare nella direzione da lui voluta l’azione del controllato.

⁵ La prima analisi organica sul fenomeno dei controlli nell’ordinamento italiano è piuttosto risalente nel tempo (v. U. FORTI, *I controlli dell’amministrazione comunale*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, Milano, 1915, pp. 605 ss.). Secondo tale autore il primo e più generico significato del termine controllo è quello di revisione o riscontro; mentre in un senso più preciso controllo sta a significare verifica della rispondenza di un determinato atto o comportamento a determinate norme. C’è stato poi chi ha evidenziato che l’attività di controllo è quella volta a sindacare l’operato di coloro ai quali sono affidati i compiti di amministrazione attiva (A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, p. 522). Sostanzialmente nella stessa direzione va l’opinione di chi ritiene che il controllo si presenta tendenzialmente come un’attività secondaria di revisione o riesame di un’attività principale (G. BERTI e L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 298). Si è inoltre affermato che il controllo è un’operazione giuridica dovuta, in cui un soggetto o un organo a ciò debitamente abilitato ha il compito di riesaminare qualcosa che è stato posto in essere da altro organo o soggetto (O. SEPE, *Controlli I) profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1993, p. 1). Ai fini dell’identificazione del concetto di controllo appare necessaria la presenza di una qualche forma di accertamento o giudizio di conformità a regole, la cui riscontrata difformità comporta sanzioni (M. S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1264; IDEM, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, p. 327); a questo proposito si è ritenuto che il momento sanzionatorio sia la caratteristica più importante del controllo, tanto che, se l’autorità che deve procedere al controllo è priva di potere sanzionatorio, non si può neppure parlare di controllo (M. S. GIANNINI, *Recensione a L. SALVI, Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 374). Altra dottrina ha definito il controllo come formato da tre elementi: un metro, da utilizzare per effettuare il controllo, una verifica, intesa come “accertamento della conformità dell’attività sottoposta a controllo al metro adottato”, e una misura di tipo ripristinatorio o sanzionatorio (S. CASSESE,



La privatizzazione sostanziale dovrebbe escludere l'esistenza di controlli amministrativi in senso tradizionale, mentre non fa venir meno, in alcuni casi, l'influenza dell'azionista pubblico, cioè il suo "controllo", inteso nell'accezione di stampo britannico. Non a caso si è rilevato che, proprio mentre si privatizza, vengono introdotti nuovi controlli⁶. Tra queste nuove forme di controllo pubblico, in quella che sembra un'ambigua commistione tra le due accezioni di controllo esaminato, va collocata la facoltà di esercitare poteri speciali. Tali poteri, nelle diverse vesti in cui di volta in volta si manifestano, non sembrano costituire tradizionali forme di controllo amministrativo; essi, però, non appaiono neppure fondati sulle ordinarie regole del diritto societario, perché trovano il loro fondamento in leggi e non nel reale peso societario dell'azionista pubblico.

Natura e limiti del controllo della Corte dei conti sugli enti di gestione, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, p. 211). Degna di essere menzionata è anche l'opinione secondo cui nel concetto di controllo in senso stretto non rientrerebbe la vigilanza, dal momento che essa sarebbe un'attività svolta da organi superiori nei confronti di organi inferiori finalizzata ad effettuare il controllo; pertanto in questa ottica la vigilanza costituisce un'attività soltanto strumentale al controllo (V. OLIVIERI SANGIACOMO, *Cenni sulla nozione del controllo nella amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1956, IV, p. 18; V. R. CASULLI, Voce *Controllo*, cit., pp. 729-730). Il concetto di controllo è strettamente legato all'organizzazione stessa degli ordinamenti giuridici a tal punto che si può affermare che l'intera attività amministrativa è soggetta, in varia misura, a controlli (a tal proposito v. G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, Milano, 1999, p. 457). Si è osservato, altresì, che ogni discorso in materia di controlli è incentrato sull'esistenza di una "relazione", che può intercorrere tra organi, tra atti, tra poteri o tra ordinamenti (E. DALFINO, C. DECARO, A. LOIODICE, *Ordinamento e controlli*, in *Amministrazione e politica*, 1972, pp. 16 ss.). Per quel che riguarda le parti del rapporto, la potestà di controllo è stata in passato ritenuta normalmente connessa alla subordinazione gerarchica (in tal senso v. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit., pp. 659 ss.; in particolare tale autore sosteneva che un controllo al di fuori della gerarchia era possibile solo riproducendo un rapporto di subordinazione analogo a quello che vincola l'ufficio inferiore al superiore gerarchico). Inoltre si è sostenuto che al di là del rapporto di gerarchia tali poteri siano di competenza solo di uffici che abbiano funzioni di direzione, coordinamento o controllo (v. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 221). In realtà il controllo non richiede necessariamente un rapporto di subordinazione (in questo senso: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 327; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, p. 1355). Indubbiamente tutti i rapporti di subordinazione comportano controlli, ma vi sono rapporti di controllo anche tra parti equordinate, autonome o reciprocamente indipendenti. Sul punto è sostanzialmente concorde la dottrina più recente che sottolinea come elemento comune ai diversi significati del termine controllo sia costituito proprio dalla circostanza che l'esercizio di tale attività non implica un rapporto di subordinazione dell'organo nei cui confronti viene esplicata da parte dell'organo che la svolge (così P. GIOCOLI NACCI, *Discorsi sui controlli*, Bari, 2002, p. 9). Il fine del controllo è quello di assicurare la rispondenza dell'attività a determinate norme e principi (v. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit., p. 617); anche se c'è chi ha sostenuto che sarebbe più preciso definire il fine del controllo come quello di salvaguardia di principi, norme, interessi, o valori che il controllante ha il dovere di tutelare (S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 321; nello stesso senso O. SEPE, *Controlli I) profili generali*, cit., p. 2).

⁶ A tal proposito v. S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 589, ora in G. MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino, 1998, p. 10.



4. Il processo di privatizzazione italiano è stato fortemente influenzato da quello inglese e da quello francese. In verità la Francia e il Regno Unito¹ non sono stati gli unici paesi ad aver sviluppato un programma di privatizzazione negli ultimi trenta anni, ma sono quelli che hanno attuato le privatizzazioni più imponenti².

Nel Regno Unito, dopo la seconda guerra mondiale, il Governo laburista aveva nazionalizzato una serie di industrie importanti e la maggior parte dei servizi di pubblica utilità³.

Successivamente nel 1979 il Governo conservatore del Primo Ministro Margaret Thatcher diede inizio alle privatizzazioni, anche se una prima cessione, relativa ad una

¹ Le politiche di privatizzazione di questi due paesi hanno alcuni punti in comune; esse hanno comportato una grande diminuzione dell'area della gestione pubblica diretta, ma non nella stessa misura dell'area del controllo pubblico complessivo dell'economia e sono state accompagnate dalla diffusione di autorità amministrative indipendenti. V. S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 384.

² Per un riepilogo delle privatizzazioni nei principali paesi dell'Europa occidentale (Spagna, Germania, Francia e Regno Unito) v. R. G. RODIO (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, Padova, 2003. Sulle privatizzazioni nei paesi extraeuropei v. AA.VV., *International deregulation and privatisation*, Ardsley, N.Y., U.S., 2000, pp. 283 ss.; R. HEMMING e A. M. MANSOR, *Privatization and public enterprise, International Monetary Fund – Occasional paper*, 1988. Sul processo di privatizzazione in Inghilterra e Francia v. M. A. VENCHI CARNEVALE, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1999, pp. 581 ss. (che esamina anche le privatizzazioni in altri paesi europei, Germania e Spagna in particolare); A. CECERE, *L'itinerario delle privatizzazioni*, cit., pp. 19 ss.; S. CHIRI e F. PANETTA (a cura di), *Banca d'Italia. Servizio Studi. Privatizzare: come? Spunti da una ricognizione comparata dei casi inglese e francese*, in *Temi di discussione del Servizio Studi*, n. 198, 1993, in particolare pp. 8 ss. e 26 ss.; G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Padova, 1992, pp. 253 ss.; G. DOSSENA, *La privatizzazione delle imprese: modalità problemi e prospettive*, Milano, 1990, pp. 157 ss. Sulla privatizzazione in Francia in particolare v. H. ALEXANDRE e G. CHARREAU, *Le privatizzazioni francesi sono state efficaci?* in F. A. GRASSINI (a cura di), *Guido Carli e le privatizzazioni dieci anni dopo*, cit., pp. 65 ss.; F. BONOMO, *Ancora sulla golden share*, in *Energia*, 3, 1997, pp. 16 ss.; H. DUMÉZ e A. JEUNEMAITRE, *Le privatizzazioni in Francia*, in *Stato e mercato*, 1996, pp. 295 ss.; P. CIRIELLO, *Nazionalizzazioni e privatizzazioni nelle esperienze italiana e francese*, Napoli, 1992, pp. 55 ss. Sulla privatizzazione nel Regno Unito in particolare v. A. BARONE, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, in *Riv. dir. impresa*, 1992, pp. 53 ss.; F. BONOMO, *Ancora sulla golden share*, cit., pp. 14 ss.; J. KAY, *Le privatizzazioni nel Regno Unito 1979-1999*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *Guido Carli e le privatizzazioni dieci anni dopo*, cit., pp. 19 ss.; N. LAWSON, *Privatizzazioni e mercati finanziari*, in AA.VV., *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*, Roma, 1994, pp. 51 ss. Sulle privatizzazioni in Spagna v. M. DEL MAR BUSTILLO SAIZ, *Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la «doctrina» del la acción de oro*, in *Revista de derecho mercantil*, 2006, pp. 457 ss.; L. SALAZAR MARTINEZ-CONDE, *La acción de oro del Estado en las empresas privatizadas*, in *Rev. Der. Banc. y Burs. (RDBB)*, 2005, pp. 130 ss. Ancora sulle privatizzazioni in Spagna, ma con riferimento al regime previgente la riforma intervenuta con la legge 30 dicembre 2003, n. 62 (con cui si conservava "las acciones de oro" in società come Respol-Ypf, per il settore petrolifero; Iberia, per il trasporto aereo; Telefónica, per le telecomunicazioni; Endesa, per il settore elettrico) v. A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y constitución*, Madrid, 1997, pp. 34 ss.; M. NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *Comentario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con las denominadas "acciones de oro"; las restricciones a las libertades de la libre circulación de capitales y de establecimiento*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 2003, pp. 529 ss.; IDEM, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Pamplona, 1995, pp. 208 ss.

³ Ciò accadde negli anni 1945-1951; v. a tal proposito GRAVESON e THOMPSON, *Il problema giuridico della nazionalizzazione e delle imprese pubbliche nel Regno Unito*, in *Riv. soc.*, 1958, pp. 1007 ss. A quell'epoca l'area di gestione pubblica dell'economia era articolata su due livelli: la gestione ordinaria delle imprese statali era affidata a società pubbliche mentre ai ministri spettava la fissazione dell'indirizzo politico generale. Tuttavia tale esperimento di controllo politico fu ritenuto per lo più fallimentare e vi fu ampia convergenza sull'idea che un siffatto modello di impresa pubblica dovesse essere abbandonato. Sul punto v. J. RICHARDSON e G. DUDLEY, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, cit., pp. 235 ss.



quota della *British Petroleum*, era stata già effettuata qualche anno prima dal precedente Governo laburista⁴.

La fase principale delle privatizzazioni inglesi ebbe inizio nel 1984 con la vendita di una partecipazione di maggioranza della *British Telecom* (51 % delle azioni) e terminò, sostanzialmente, con la dismissione delle rimanenti partecipazioni statali nel campo della produzione dell'elettricità, avvenuta nel 1996⁵. Nel periodo intercorrente tra le due date furono trasferite dal settore pubblico all'imprenditoria privata le quattro principali aziende di gestione di servizi pubblici (telecomunicazioni, acqua, gas e elettricità), insieme ad altre società di minore importanza⁶.

In genere, nelle dismissioni ritenute strategicamente più importanti, allo Stato azionista erano attribuiti alcuni poteri speciali in assemblea⁷. Tali poteri erano conferiti attraverso la titolarità della *golden share*, un'azione speciale solitamente del valore nominale di una sterlina⁸, definita appunto "d'oro" per l'attribuzione al suo possessore di maggiori diritti di quelli derivanti dalle comuni azioni.

In particolare nel Regno Unito furono utilizzati due tipi di *golden share*⁹. Con il primo all'azionista speciale pubblico era riconosciuto un diritto di voto in più rispetto alla totalità delle azioni con diritto di voto non in mano pubblica nei confronti di qualsiasi decisione presa nell'assemblea ordinaria, in modo da garantire sempre la maggioranza e il diritto di convocare l'assemblea straordinaria, quale conseguenza della maggioranza preconstituita tramite il criterio precedente. Un secondo tipo era diretto ad assicurare il rispetto di eventuali limiti al possesso di pacchetti azionari nelle società; in quest'ultimo caso, in realtà,

⁴ Sulle privatizzazioni nel Regno Unito v. CNEL documenti, *Le Privatizzazioni delle Imprese Pubbliche. Aspetti giuridico-normativi ed economico-finanziari*, Roma, 1997, pp. 27 ss.

⁵ Il programma di privatizzazione inglese era funzionale al recupero dei valori della proprietà, dell'iniziativa privata nonché dell'efficienza delle imprese e per realizzarlo era necessario un notevole ridimensionamento dell'influenza del settore pubblico in campo economico che non poteva essere realizzato se non tramite un'imponente opera di cessione ai privati di imprese di proprietà pubblica. Per gli obiettivi che si proponeva il programma di privatizzazione varato dal Governo inglese a partire dal 1979 v. G. GRINSTONE, *The British Privatisation Programme*, in AA.VV., *Privatisation and deregulation in Canada and Britain*, cit., pp. 3 ss.

⁶ A tal proposito v. J. KAY, *Le privatizzazioni nel Regno Unito 1979-1999*, cit., p. 25. Il procedimento di privatizzazione inglese è stato basato su un modello di società ad azionariato diffuso, in cui il capitale è stato frazionato tra una grande quantità di piccoli azionisti. Lo strumento utilizzato per il collocamento delle società pubbliche sul mercato è stato quello dell'offerta pubblica di vendita (OPV), soprattutto per le imprese di più ampie dimensioni; per le imprese più piccole e operanti in settori caratterizzati da un certo livello di concorrenza si è utilizzato anche quello della vendita diretta. L'offerta pubblica di vendita è una tecnica di alienazione delle partecipazioni azionarie con la quale le azioni delle società sottoposte a privatizzazione vengono collocate presso i risparmiatori o gli investitori istituzionali. Questo sistema si è diffuso nel Regno Unito proprio perché è stato ritenuto funzionale all'obiettivo di diffondere l'azionariato popolare, garantendo al tempo stesso la cessione delle partecipazioni pubbliche ad un prezzo di mercato. Inoltre l'OPV è funzionale anche alla privatizzazione dei monopoli naturali (a tal proposito v. A. M. BERNINI, *Intervento statale e privatizzazioni: un panorama comparativo*, Padova, 1996, p. 93). Infatti la trasformazione dei monopoli naturali in imprese private implica un semplice cambiamento nell'assetto proprietario dell'impresa ma non nella gestione della stessa, nel senso che il settore di mercato rimane gestito in maniera sostanzialmente monopolistica o tutt'al più oligopolistica a causa delle barriere economiche, tecniche e regolamentari che impediscono l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti.

⁷ Sul punto v. R. FAZIOLI, *Dalla proprietà alle regole*, cit., pp. 160 ss.; v. anche C. GRAHAM e T. PROSSER, *Privatizing public enterprise*, Oxford, 1991, pp. 141 ss.

⁸ V. C. GRAHAM e T. PROSSER, *Golden shares: industrial policy by stealth?*, in *Public Law*, Autumn 1988, p. 414.

⁹ V. CNEL documenti, *Le Privatizzazioni delle Imprese Pubbliche*, cit., pp. 36 ss.; G. LOMBARDO, *Voce Golden share* (1998), in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, pp. 2 ss.



non si sarebbe trattato di una vera e propria *golden share* poiché per la realizzazione dell'obiettivo perseguito non era necessariamente richiesta la presenza di azioni speciali¹⁰.

Tra i motivi per i quali il Governo inglese decise di utilizzare l'istituto della *golden share* ci fu anche quello di impedire scalate indesiderate da parte di soggetti stranieri, cioè di evitare l'assunzione da parte di società estere del controllo degli enti privatizzati¹¹. Una simile esigenza è diventata in seguito una caratteristica tipica dei poteri speciali nei diversi paesi in cui sono stati adottati.

¹⁰ Pertanto nel Regno Unito l'esercizio dei poteri speciali da parte dello Stato si è fondato sul mantenimento di una partecipazione di minoranza nel capitale della società privatizzata che però ha consentito al Governo di conservare rilevanti poteri nella gestione, con la possibilità di nominare uno o più amministratori e l'esercizio di un potere di veto su decisioni importanti per la vita delle imprese privatizzate, come, per esempio, fusioni e cessioni, al fine di evitare scalate ostili (v. a tal proposito J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. società*, 1996, pp. 374 ss.).

¹¹ Sul punto v. R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 189; E. DEL CASALE, *Uno strumento diretto di controllo governativo sulle privatizzazioni: le "golden shares"*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 149; N. LAWSON, *Privatizzazioni e mercati finanziari*, cit., pp. 61 ss. Accanto a questa sono state rilevate altre motivazioni come, ad esempio, garantire la continuità dell'erogazione dei servizi pubblici essenziali o prevenire il rischio di fallimenti per determinate categorie di imprese. In questi casi si è ritenuto necessario disporre di uno strumento di intervento e controllo da parte dello Stato: infatti una politica volta ad abbandonare al libero mercato determinate imprese, soprattutto quelle operanti nel campo dei servizi pubblici essenziali, potrebbe produrre più danni che benefici all'economia pubblica. V. a tal proposito A. BONOMO, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, in R. G. RODIO (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, cit., pp. 604 ss.



5. La *golden share* rappresenta uno strumento di influenza suscettibile di alterare profondamente le normali dinamiche societarie; pertanto non è un caso che la sua utilizzazione, nonostante in molti casi ne sia stata proclamata la transitorietà, sia tradizionalmente molto controversa¹.

Anche in Francia l'introduzione di simili strumenti è stata legata allo sviluppo delle privatizzazioni.

La Francia era dotata di un settore pubblico di dimensioni imponenti, in continua espansione², senza dubbio uno dei più grandi dell'Europa occidentale e al tempo stesso di una borsa piuttosto debole³. Il programma di privatizzazione francese ebbe origine con l'insediamento del Governo del Primo Ministro Chirac, nominato in seguito alla vittoria elettorale del marzo 1986 che segnò la sconfitta dei socialisti del Presidente Mitterand⁴. Le privatizzazioni fecero così seguito a un periodo, compreso tra il 1981 e il 1986, caratterizzato da un programma di nazionalizzazioni che aveva prodotto la più grande espansione che il settore pubblico del paese, già abbastanza ampio, avesse mai conosciuto⁵.

Nel maggio 1988 il ritorno della sinistra al governo del paese segnò una battuta d'arresto nella realizzazione del programma di privatizzazione⁶. Il rilancio delle privatizzazioni avvenne poi a partire dal 1993⁷ con il Governo presieduto da Edouard

¹ Nell'esperienza inglese, così come in Francia prima del 1993, i poteri governativi sugli enti privatizzati sono sempre stati considerati transitori (sul punto v. E. DEL CASALE, *Uno strumento diretto*, cit., p. 150). Con l'introduzione della L. 19 luglio 1993, n. 923, la Francia ha abbandonato ogni limite temporale (a tal proposito v. G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in AA.VV., *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*, cit., p. 23; v. anche E. TOMA e M. G. NACCI, *Le privatizzazioni in Francia*, in R. G. RODIO (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, cit., pp. 376 ss.

² Sul punto v. N. LONGOBARDI, *Il settore pubblico dell'economia*, cit., pp. 417 ss., che evidenzia come il settore pubblico francese si sia formato progressivamente attraverso tre fasi di nazionalizzazione delle imprese private: la prima, sotto il governo del fronte popolare nel 1936, è stata limitata alla nazionalizzazione di alcune imprese belliche; la seconda, dopo la liberazione dall'occupazione tedesca e la fine della seconda guerra mondiale (1945-1948), è stata piuttosto ampia in quanto ha riguardato settori chiave dai quali dipende l'insieme delle attività economiche, in particolare i settori dell'energia, dei trasporti, del credito e delle assicurazioni; la terza, con la maggioranza formata da socialisti e comunisti nel 1982 dopo l'elezione alla presidenza della repubblica di Mitterand, ha visto il passaggio sotto il controllo pubblico di gran parte del settore creditizio e un generale ripensamento delle modalità di gestione delle imprese pubbliche.

³ A tal proposito v. V. WRIGHT, *La fine del dirigismo? La Francia degli anni novanta*, in *Stato e mercato*, 1998, pp. 356 ss.

⁴ Sulle privatizzazioni in Francia nella seconda metà degli anni ottanta del XX secolo v. P. BALZARINI, *Privatizzazioni delle imprese francesi: primo bilancio e modifiche normative*, in *Riv. soc.*, 1990, pp. 321 ss.

⁵ A questo proposito v. Camera dei deputati, X legislatura, *Le privatizzazioni in Europa*, Roma, 1991, pp. 7 ss. Si tratta del dossier che documenta le privatizzazioni effettuate in Francia, Regno Unito, Germania e nei paesi dell'Europa dell'est preparato in occasione dell'esame da parte della V Commissione della Camera dei deputati del disegno di legge di conversione del D.L. 3 ottobre 1991, n. 309 (che, dopo essere stato reiterato nel D.L. 5 dicembre 1991, n. 386, è stato poi convertito in L. 29 gennaio 1992, n. 35).

⁶ Più che di battuta d'arresto forse è più preciso parlare di passo indietro; infatti negli anni di governo della sinistra si registrò una nuova dilatazione del settore pubblico.

⁷ Le leggi che disciplinarono le privatizzazioni in Francia sono state le seguenti: la legge n. 86-912 del 6 agosto 1986 (*Loi n. 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations*, reperibile nel sito web <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000317767&fastPos=1&fastReqId=1832599074&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte> – ultimo accesso 6 dicembre 2016); la legge n. 86-793 del 2 luglio 1986 (*Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, reperibile nel sito web http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=2F8BBF52F9459B4E0DBA49F9819407F3.tpdjo04v_2?cidTexte



Balladur⁸. La sinistra, nuovamente tornata a governare nel 1997, in quell'occasione non fermò le privatizzazioni.

Il processo di privatizzazione francese, a differenza di quello inglese, non si è manifestato come un processo di alienazione "indiscriminata" di partecipazioni pubbliche ma piuttosto come un trasferimento dal settore pubblico a quello privato del controllo di imprese mediante la costituzione di gruppi di comando (chiamati noccioli duri⁹) con la funzione di rendere stabile la posizione di controllo della maggioranza del capitale¹⁰.

Anche nell'ordinamento francese a favore dello Stato in taluni casi è stata prevista una speciale azione denominata *action spécifique*, una sorta di *golden share* francese, per blindare il controllo dell'impresa privatizzata¹¹. Anche la variante francese della *golden share* ha avuto come scopo principale la protezione delle società da scalate indesiderate da parte di imprese straniere¹².

Per la protezione degli interessi nazionali, in alcune imprese da privatizzare a favore del Governo sono state attribuite alcune speciali prerogative, legate a un'*action spécifique*, consistenti in: possibilità per il Ministro dell'economia di esprimere un consenso preventivo sul superamento da parte di un azionista, o di più azionisti che agiscano di concerto, di specifici tetti di possesso azionario; nomina di uno o due rappresentanti dello Stato nel consiglio di amministrazione o di sorveglianza di un'impresa, senza capacità di voto

e=JORFTEXT000000874702&dateTexte=20140823 – ultimo accesso 6 dicembre 2016); la legge n. 93-923 del 19 luglio 1993 (*Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation*, reperibile nel sito web <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000361895> – ultimo accesso 6 dicembre 2016). La maggior parte degli articoli delle tre leggi citate è stata di recente abrogata (v. *Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique*, reperibile nel sito web http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=2F8BBF52F9459B4E0DBA49F9819407F3.tpdjo04v_2?cidTexte=JORFTEXT000029391551&dateTexte=20140823 – ultimo accesso 6 dicembre 2016).

⁸ In merito v. P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Francia*, in *Riv. soc.*, 1994, pp. 264 ss.; D. BORDE e A. PONCELET, *Le nouveau programme de privatisation français de 1993: une importante évolution des technique de mise en vente sur les marchés financiers*, ivi, pp. 267 ss.

⁹ Il nocciolo duro rappresenta un modello societario basato sull'individuazione e cooptazione da parte del Governo di un gruppo ristretto di azionisti di riferimento, cioè di un gruppo di imprese private scelte appunto al fine di creare un nucleo stabile di controllo. A tal proposito v. Camera dei deputati, X legislatura, *Le privatizzazioni in Europa*, cit., pp. 29 ss.; C. GRAHAM e T. PROSSER, *Golden shares: industrial policy by stealth?*, cit., pp. 420 ss.; CNEL documenti, *Le Privatizzazioni delle Imprese Pubbliche*, cit., pp. 50 ss.

¹⁰ V. P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Francia*, cit., pp. 264 ss. che esamina la normativa secondaria che fu adottata nel 1993 a integrazione di quella primaria, costituita dalla citata L. n. 93-923. Si trattava innanzitutto del decreto 3 settembre 1993 n. 93-1041 con il quale erano fissate le modalità per la vendita delle imprese pubbliche per costituire il nocciolo duro; in secondo luogo fu adottato il decreto 13 dicembre 1993, n. 93-1296, che prevedeva che fossero indicati analiticamente i cespiti per i quali era istituita l'azione speciale che attribuiva al Governo il diritto di opporsi alla cessione di elementi dell'attivo e fissava la procedura per l'esercizio del diritto di opposizione, introducendo il silenzio assenso; della stessa data dell'ultimo decreto esaminato è anche quello n. 93-1298, che istituiva l'azione speciale nella società Elf-Aquitaine, poi oggetto della sentenza di condanna da parte della Corte di giustizia che verrà esaminata nel prosieguo della trattazione.

¹¹ V. P. G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 998 ss.; C. GRAHAM e T. PROSSER, *Privatizing public enterprise*, cit., pp. 151 ss.; G. LOMBARDO, *Voce Golden share*, cit., pp. 5 ss.

¹² A tal proposito v. V. WRIGHT, *La fine del dirigismo?*, cit., pp. 375-376. V. anche C. GRAHAM e T. PROSSER, *Golden shares: industrial policy by stealth?*, cit., p. 420, che fanno riferimento alla decisione n. 86-207 del 25-26 giugno 1986 con la quale il Consiglio costituzionale francese sottolineò la natura costituzionale del bisogno di preservare che l'indipendenza nazionale in occasione dell'alienazione delle imprese pubbliche.



deliberativo; possibilità di opporsi a cessioni da parte della società che possono recare pregiudizio agli interessi nazionali¹³.

¹³ V. l'articolo 10 della citata L. n. 86-912, versione consolidata, non abrogata dalla citata ordinanza n. 2014-948.



6. Il nostro paese, nello sviluppo del suo programma di privatizzazione, ha tenuto ben presente tali precedenti.

Il processo di privatizzazione in Italia è stato condizionato negativamente dalla mancanza di Governi stabili e forti che con la propria azione potessero dirigere il cambiamento, sia sul piano dell'evoluzione legislativa che su quello più squisitamente culturale¹. Ciò ha contribuito a produrre una legislazione piena di compromessi e non priva di contraddizioni, come peraltro si evince agevolmente dalle principali leggi susseguitesi in materia di privatizzazione.

Se le prime leggi organiche sulle privatizzazioni in Italia sono state adottate solo all'inizio degli anni novanta, nondimeno già nel 1986 all'ordine del giorno del Parlamento c'era un disegno di legge, poi non diventato legge, con cui doveva essere inserita nel nostro ordinamento una vera e propria *golden share*, denominata "azione a diritto privilegiato speciale". Un simile strumento doveva avere la funzione di conservare il controllo pubblico sulle società già controllate dagli enti di gestione e cedute ad investitori stranieri nel caso in cui esse fossero state liquidate, trasferite o in caso di cessione di certe attività². Tuttavia, poi, né nel D.L. 5 dicembre 1991, n. 386³, primo testo normativo che disciplinava specificamente e in maniera organica le privatizzazioni degli enti pubblici⁴, né nel D.L. 11

¹ A tal proposito v. A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999. Ovvero si poteva far meglio?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, pp. 447 ss.

² V. J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, cit., p. 378; E. DEL CASALE, *Uno strumento diretto*, cit., pp. 155 ss.

³ Tale decreto legge, poi convertito in legge 29 gennaio 1992, n. 35, è rubricato "Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica". Per un esame di tale legislazione v. G. DI GASPARO, *La trasformazione degli enti pubblici economici e la dismissione delle partecipazioni statali. Verso un nuovo ibrido: le s.p.a. di diritto pubblico*, in *Nomos*, 1992, pp. 24 ss.; CNEL documenti, *Le Privatizzazioni delle Imprese Pubbliche*, cit., pp. 63 ss.; R. PARDOLESI e R. PERNA, *Fra il dire e il fare: la legislazione italiana sulla privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, pp. 544 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La grande illusione della privatizzazione degli enti di gestione*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, pp. 635 ss. Il primo provvedimento che in Italia si è occupato di privatizzazione in maniera organica fu la legge 30 luglio 1990, n. 218, nota anche come "legge Amato", relativa agli istituti di credito di diritto pubblico. Tuttavia con tale legge si è proceduto solo ad una privatizzazione formale con il semplice cambiamento della veste giuridica. Un primo, anche se piuttosto debole, segnale in direzione di una politica di privatizzazione è rappresentato dalla legge 7 febbraio 1991, n. 42, relativa ad interventi a favore degli enti di gestione delle partecipazioni statali. Tuttavia l'alienazione di partecipazioni azionarie doveva riguardare esclusivamente quote di minoranza di società il cui capitale era di proprietà degli enti di gestione: tale cessione non doveva far venire meno il controllo sulle società da parte dei medesimi enti di gestione.

⁴ Sulla scorta di tale provvedimento gli enti di gestione delle partecipazioni statali, gli altri enti pubblici economici e le aziende autonome statali, trasformati in S.p.a., sono sottoposti alla normativa generale vigente per le società per azioni (articolo 1, comma 5, D.L. n. 386 del 1991). Tuttavia tale assunto era sottoposto a più di un'eccezione da parte delle singole disposizioni contenute nel decreto (a questo proposito v. P. G. JAEGER, voce *Privatizzazioni*, I) *Profili generali*, cit., p. 3). Secondo l'articolo 1, comma 6, D.L. n. 386 del 1991 le nomine dei rappresentanti dello Stato nelle assemblee delle società derivanti dalla trasformazione in s.p.a. degli enti di gestione delle partecipazioni statali, degli altri enti pubblici economici e delle aziende autonome statali spettavano al Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e delle finanze e con gli altri ministri competenti, sentito il CIPE, a norma degli artt. 2458, 2459 e 2460 c.c. riguardanti le società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici. Bisogna notare che a seguito della riforma operata con il D.lgs. n. 6 del 2003 il testo di tali articoli, con minime variazioni, fu riportato negli articoli 2449-2450 c.c. Sul punto v. anche M. SANINO, *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, 1997, p. 55. In seguito l'articolo 2449 c.c. (su cui v. infra) è stato



luglio 1992, n. 333⁵, il cui articolo 15 dispose la trasformazione immediata in società per azioni dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL, vi era traccia di un simile meccanismo né di strumenti analoghi.

In seguito l'importante delibera CIPE 30 dicembre 1992⁶ indicò le regole in base alle quali operare l'alienazione, anche parziale, delle partecipazioni azionarie detenute dal Ministero del tesoro in alcune società⁷ e delle partecipazioni di controllo⁸ detenute a loro volta da tali società in altre⁹. In tale delibera si può cogliere un altro antecedente dei poteri speciali: in particolare, per conferire allo Stato la titolarità di alcuni diritti speciali, essa prevedeva l'inserimento di clausole negli statuti delle società risultanti dalle privatizzazioni degli enti pubblici economici prima della perdita del controllo da parte del Ministero del tesoro.

modificato dall'articolo 13 della legge 25 febbraio 2008, n. 34 (recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee – Legge Comunitaria 2007) e l'articolo 2450 c.c. è stato abrogato ad opera dell'art. 3, comma 1, D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito dalla legge 6 aprile 2007, n. 46 (recante disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali), abrogazione originata dall'adeguamento alla procedura di infrazione n. 2006/2104. In merito v. L. SCIPIONE, *L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna*, in *Innovazione e diritto*, 1/2-2010, pp. 112-113, reperibile nel sito web <http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionumeri/1001/scipione.pdf> – ultimo accesso 6 dicembre 2016. Inoltre bisogna notare che non vi era l'obbligo di trasformazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali, degli altri enti pubblici economici e delle aziende autonome statali in S.p.a., ma era ammessa solo la possibilità, per tali categorie di enti, di trasformarsi in S.p.a. (ciò si evince dall'art. 1, comma 1, D.L. n. 386 del 1991) e, pur essendo espressamente prevista la perdita da parte dei poteri pubblici del controllo di maggioranza, la relativa decisione richiedeva una deliberazione parlamentare e di un'approvazione governativa (art. 1, comma 9, D.L. n. 386 del 1991, su cui v. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, pp. 57 ss.).

⁵ V. il decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, rubricato "Misure urgenti di risanamento della finanza pubblica", poi convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359. Per un commento v. CNEL documenti, *Le Privatizzazioni delle Imprese Pubbliche*, cit., pp. 69 ss.; R. PARDOLESI e R. PERNA, *Fra il dire e il fare*, cit., pp. 549 ss.

⁶ Tale delibera è rubricata: "Direttive concernenti le modalità e le procedure di cessione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome". Per un esame di tale delibera v. F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., pp. 75 ss.

⁷ Quelle "di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 15 del decreto-legge 11 luglio 1992 n. 333" (cioè IRI, INA, ENI, ENEL, BNL, e IMI) e quelle "derivanti dalla trasformazione in società per azioni ai sensi dell'art. 18 dello stesso decreto-legge", secondo quanto previsto dall'art. 1 di tale delibera.

⁸ V. l'articolo 2 della suddetta delibera CIPE.

⁹ Inoltre l'articolo 3 di tale delibera prevedeva tre tecniche di alienazione delle partecipazioni azionarie: offerta pubblica di vendita (OPV), asta pubblica, anche finalizzata alla formazione di un nucleo stabile di azionisti, e trattativa privata, che ai sensi dell'art. 15 della delibera CIPE, può essere utilizzata solo nel caso in cui siano presenti "interessi pubblici di particolare rilevanza". Con l'OPV le azioni vengono offerte al pubblico ad un prezzo fisso determinato prima della vendita; con tale strumento si dovrebbe favorire la nascita di *public company* (a tal proposito v. M. P. SALINI, *Privatizzazioni, assetti proprietari e corporate governance*, in *Energia*, 2001, n. 3, pp. 48 ss., che comunque evidenzia anche che il modello della *public company* nel nostro paese trova difficoltà ad attecchire), anche se su questa conseguenza sono state espresse delle riserve (infatti v. G. MARASÀ, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1320; analoghe riserve sono state espresse da G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., pp. 396 ss.).



7. Successivamente fu adottato il decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, poi convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474, contenente le procedure per l'alienazione delle partecipazioni azionarie statali e degli enti pubblici¹.

La più discussa norma introdotta da tale legge è contenuta nell'articolo 2. Tale disposizione, nella sua originaria formulazione, stabiliva che tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, operanti in determinati settori (difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e altri pubblici servizi), erano individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri quelle nei cui statuti, prima di ogni atto implicante la perdita del controllo, doveva essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuiva al Ministro del tesoro la titolarità di uno o più poteri speciali².

Tali poteri speciali rappresentavano un'intrusione nella vita della società e un controllo tra i più penetranti fra le varie forme di poteri di controllo su imprese pubbliche privatizzate esistenti in Europa³. Essi, nella loro formulazione iniziale, comprendevano il diritto di gradimento verso l'ingresso di nuovi azionisti intenzionati ad acquistare partecipazioni rilevanti (da esprimersi entro sessanta giorni dalla comunicazione effettuata dagli amministratori al momento della richiesta di iscrizione nel libro dei soci) con la conseguente possibilità di impedire l'ingresso in società di soci sgraditi, il diritto di

¹ Tale decreto legge è rubricato: "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni". Per giungere alla legge n. 474 del 1994 il legislatore seguì un cammino piuttosto tortuoso, in quanto furono necessarie ben quattro reiterazioni del decreto legge originario prima che si procedesse alla conversione. In particolare, all'emanazione del decreto legge 27 settembre 1993, n. 389, seguirono quelli in data 29 novembre 1993, n. 486, 31 gennaio 1994, n. 75, 31 marzo 1994, n. 216 e infine 31 maggio 1994, n. 332, che fu convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474. Per un'analisi della controversa normativa introdotta dal D.L. n. 332 del 1994, v. F. BONELLI e M. ROLI, voce *Privatizzazioni*, in *Enc. dir., aggiornamento*, Milano, 2000, pp. 999 ss.; M. T. CIRENELI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. intern.*, 1996, pp. 818 ss.; CNEL documenti, *Le Privatizzazioni delle Imprese Pubbliche*, cit., pp. 73 ss.; R. COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, pp. 77 ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998, specie pp. 210 ss.; P. G. JAEGER, *Privatizzazioni: "Public Companies"; problemi societari*, in *Giur. comm.*, I, 1995, pp. 5 ss.; B. LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, pp. 20 ss.

² V. S. CASSESE, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 857. Tuttavia poteri speciali sono stati talvolta introdotti negli statuti delle società sopra nominate anche in mancanza del trasferimento del controllo dalla mano pubblica all'imprenditoria privata, cioè non soltanto prima di atti che determinano la perdita del controllo. Sul punto v. F. BONELLI, *La "golden share" all'italiana: regole comunitarie e regole interne in materia di "poteri speciali"*, in S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI e M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia: liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, p. 56, che cita i casi di ENEL, ENI e Finmeccanica dove sono stati introdotti poteri speciali anche prima della vendita di un numero di azioni non sufficiente a determinare la perdita del controllo della società da parte dell'azionista pubblico.

³ Per un'analisi di tali poteri v. J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, cit., pp. 382 ss.; R. PEREZ, *I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, pp. 202 ss.; M. SANINO, *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, cit., pp. 79 ss.; F. DI PORTO, *Note sul regime giuridico delle privatizzazioni in Italia. In particolare nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, pp. 757 ss.; G. DI CECCO, *Le clausole statutarie che attribuiscono al Ministero del tesoro la titolarità dei cc. dd. "poteri speciali". Spunti di riflessione in merito al "veto" previsto dall'art. 2, comma 1, lett. c della legge n. 474/1994*, in G. MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, cit., pp. 53 ss.; F. BELVISO, *La nomina da parte dello Stato degli amministratori delle società privatizzate (art. 2, comma 1°, lett. d legge n. 474/1994)*, ivi, pp. 103 ss.; E. CARDINALE, *La clausola di gradimento nella privatizzazione delle public utilities*, ivi, pp. 75 ss.



gradimento a una serie di patti o accordi parasociali, tra cui quelli relativi al diritto di voto (da esercitarsi entro sessanta giorni dalla comunicazione di tali patti o accordi effettuata dalla Consob al Ministro del tesoro), il potere di veto su alcune decisioni rilevanti per la vita della società⁴, il potere di nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.

Pertanto, con il citato articolo 2, fece il suo ingresso nel nostro ordinamento lo strumento della *golden share*, ma forse sarebbe più esatto dire che ne furono istituzionalizzati gli effetti. Infatti i poteri speciali previsti dalla legislazione citata differivano dalla tradizionale *golden share* in quanto il loro titolare poteva anche non essere socio della società⁵.

Secondo alcuni tali poteri speciali avevano natura amministrativa: più specificamente si sarebbe stati al cospetto di un nuovo tipo di controlli amministrativi⁶ di natura esterna⁷. Effettivamente la privatizzazione sostanziale poteva realizzarsi senza far venir meno i poteri speciali⁸, sicché essi non erano inquadrabili nell'ambito dell'ordinario diritto

⁴ Tali decisioni sono relative all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto, di soppressione o modificazione dei poteri speciali.

⁵ Sul punto v. R. GAROFOLI, *Golden share e authorities*, cit., p. 186; C. AMICONI, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci ed ombre*, in *Giust. civ.*, 1999, II, pp. 463 ss.; R. FAZIOLI, *Dalla proprietà alle regole*, cit., p. 163.

⁶ In questo senso v. G. MORBIDELLI, *Controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in A. PREDIERI (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, p. 131, anche in G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 289.

⁷ V. N. IRTI, intervento nel seminario tenuto a Roma il 27 maggio 1994 sul tema "Le privatizzazioni: forma di società per azioni e titolarità pubblica del capitale", in *Rass. giur. en. elettr.*, Milano, 1995, p. 847.

⁸ V. G. MARASÀ, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, cit., pp. 1317 ss. A conferma di ciò vale ricordare quanto accadde per la privatizzazione dell'ENI (sul punto v. B. CAVALLO, *Le privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in AA.VV., *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, p. 61). In quel caso all'alienazione del 51% del capitale non corrispose la perdita del controllo da parte del Ministero del tesoro, dal momento che esso, pur detenendo soltanto una partecipazione minoritaria (49% del capitale azionario, con il resto in mano a privati) ha conservato i poteri speciali e con essi quindi una posizione di supremazia nei confronti della suddetta società. Inoltre un caso analogo si può riscontrare con la cessione della Telecom Italia s.p.a. all'Olivetti. Il Ministero del tesoro ha ceduto nel dicembre del 2002 il rimanente delle azioni della Telecom in suo possesso, ammontante al 3,5 % del capitale azionario della società, conservando, però, la titolarità dei poteri speciali. In seguito, in data 15 aprile 2003, i consigli di amministrazione di Telecom e di Olivetti si sono riuniti per mettere a punto il progetto definitivo di integrazione tra le due società. In tale occasione si è stabilito che il Ministero del tesoro avrebbe conservato i poteri speciali sulla società risultante dalla fusione, seppure ridimensionati. L'introduzione di poteri speciali sulla Telecom è stata decisa con D.P.C.M. 21 marzo 1997, rubricato "individuazione di Stet s.p.a. e Telecom Italia S.p.a. quali società nei cui statuti introdurre poteri speciali a favore del Ministro del tesoro", e con D.M. emanato nella stessa data e rubricato "contenuto dei poteri speciali attribuiti al Ministro del tesoro da introdurre negli statuti di Stet s.p.a. e Telecom Italia s.p.a." (per un'analisi di tali poteri v. M. SANINO, *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, cit., p. 112). Infatti era previsto che il Ministro del tesoro conservasse il potere di veto su alcune delibere di particolare importanza della vita della società e il diritto di gradimento per l'ingresso di nuovi azionisti che desiderino acquisire partecipazioni rilevanti, mentre veniva meno il potere di nomina di un amministratore in rappresentanza del Ministro nel consiglio di amministrazione della società (sulla vicenda v. F. DE ROSA, *Decolla la fusione Olivetti-Telecom*, in *Corriere della Sera*, 16 aprile 2003, p. 27, ora reperibile nell'archivio digitale del Corriere della Sera, sito web <http://archivio.corriere.it/Archivio/interface/landing.html> – ultimo accesso 6 dicembre 2016; IDEM, *Per Telecom una <<golden share>> leggera. E la società lancia un'Opa sulle obbligazioni argentine*, in *Corriere della Sera*, 15 aprile 2003, p. 27, ora reperibile nell'archivio digitale del



societario. La persistenza di tali poteri speciali anche dopo la privatizzazione sostanziale appariva difficilmente conciliabile con gli orientamenti comunitari, per via dell'incidenza profonda sulle dinamiche societarie, e in contrasto con l'idea della loro provvisorietà, cioè del fatto che sarebbero destinati prima o poi a scomparire⁹.

L'ambito di applicazione del citato articolo 2 si estendeva anche a livello locale con l'introduzione nello statuto degli enti privatizzati di poteri speciali a favore del Consiglio comunale¹⁰.

La facoltà di esercizio dei poteri speciali attribuita al titolare degli stessi anche senza essere socio della società richiamava alcune norme del codice civile: in particolare l'articolo 2450, comma 1, nella versione modificata dal decreto legislativo n. 6 del 2003 (poi abrogato dall'articolo 3 comma 1, decreto legge n. 10 del 2007), secondo cui le disposizioni del precedente articolo 2449, come modificato dal sopra citato decreto legislativo (e poi nuovamente modificato dall'articolo 13, legge n. 34 del 2008)¹¹, si applicano anche nel caso

Corriere della Sera, sito web <http://archivio.corriere.it/Archivio/interface/landing.html> – ultimo accesso 6 dicembre 2016).

⁹ Sul punto v. V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del <<pubblico>>: lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 632. Sembra, però, che il legislatore non fosse sempre orientato a considerare i poteri speciali come temporanei. A tal proposito v. F. BONELLI, *La "golden share" all'italiana*, cit., p. 59, secondo cui talvolta (ENEL e Telecom Italia) la durata dei poteri speciali è stata limitata nel tempo mentre in altri casi (ENI e Finmeccanica) non è stato previsto uno specifico limite di durata.

¹⁰ In merito v. M. C. CAVALLARO, *I servizi pubblici locali*, in G. CORSO (a cura di), *Mercati amministrati e liberalizzazione. Una prospettiva di diritto europeo*, Milano, 2000, p. 82, secondo cui il D.L. n. 332 del 1994, convertito in L. n. 474 del 1994, avrebbe introdotto norme per garantire una qualche forma di controllo da parte dell'ente locale anche dopo la cessione delle quote pubbliche; v. anche F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, cit., pp. 147 ss. Bisogna anche ricordare che, per quanto riguarda le società per azioni con capitale pubblico minoritario, l'articolo 4, comma 2, D.P.R. n. 533 del 1996 ha previsto una sorta di *golden share* comunale. Infatti è previsto che l'atto costitutivo disponga la riserva a favore dell'ente o degli enti pubblici promotori della nomina di almeno un componente del consiglio di amministrazione, dell'eventuale comitato esecutivo e del collegio dei revisori. Secondo l'articolo 4, comma 3, di tale D.P.R. l'atto costitutivo della società esclude atti di cessione di azioni, costituzioni di diritti reali sulle stesse ed ogni altro atto idoneo a determinare la perdita della posizione di maggioranza da parte del socio privato fino al 31 dicembre del quinto anno dalla data di costituzione della società. Decorso tale termine, il socio privato di maggioranza può compiere atti di cessione di azioni, costituzione di diritti reali sulle stesse ed ogni altro atto idoneo a determinare la perdita del pacchetto di maggioranza delle azioni, purché da parte dell'ente o degli enti pubblici partecipanti venga espresso in via preventiva gradimento motivato (a tal proposito v. G. MORBIDELLI, *Controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in A. PREDIERI (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, cit., pp. 124 ss., ora in G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 282 ss.). Ai sensi dell'articolo 4, comma 4, il gradimento si considera concesso una volta trascorsi sessanta giorni senza che l'ente o gli enti pubblici partecipanti si siano pronunciati in senso negativo o abbiano fatto richiesta giustificata di informazioni supplementari.

¹¹ L'articolo 2449 c.c., come sostituito dall'articolo 1, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, con decorrenza dal 1° gennaio 2004, disponeva: "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali." Per un commento a questa versione dell'articolo 2449 c.c. v. T. S. MUSUMECI, *I poteri speciali collidono con il principio di sussidiarietà ?*, in AA.VV., *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies*, cit., p. 389. In seguito anche il nuovo testo dell'articolo 2449 c.c. è stato sostituito dall'articolo 13, L. 25 febbraio 2008, n. 34 e ora prevede l'obbligo per gli statuti che conferiscono all'azionista pubblico poteri diretti di nomina di rispettare il principio di proporzionalità rispetto alla partecipazione sociale detenuta: "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno



in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente.

partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica. Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti". Il sesto comma dell'articolo 2346 c.c. stabilisce che: "Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione". A commento del testo dell'articolo 2449 c.c. risultante dalla riforma del 2008, v. I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 592 ss.; G. SCARCHILLO, *Privatizations, control devices and golden share. The harmonizing intervention of the European Court of Justice*, in *Comp. L. Rev.*, vol. 3, n. 2, 2012, pp. 23 ss.; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.; il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, pp. 947 ss.; C. CAVAZZA, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, 2, pp. 381 ss.



8. a) Come osservato, l'uso della *golden share* e di strumenti analoghi è sempre stato piuttosto controverso.

A riprova di ciò si può ricordare che esistono molteplici decisioni, che saranno esaminate più avanti, con cui la Corte di giustizia negli ultimi quindici anni ha avuto occasione di giudicare e per lo più sanzionare regimi di controllo e autorizzazione, preventivi o successivi, delle operazioni societarie più rilevanti gravanti su società operanti in settori sensibili in diversi paesi membri dell'Unione¹.

Il nostro paese a causa dei poteri speciali è incorso più volte in procedure sanzionatorie promosse dalle istituzioni comunitarie.

Già nel febbraio del 1998 la Commissione europea aveva sollecitato il Governo italiano a modificare, entro due mesi, le disposizioni sui poteri speciali previsti dalla legislazione del 1994 in quanto incompatibili con le disposizioni del trattato Ce in materia di libertà di stabilimento, libertà di prestazione di servizi e di circolazione dei capitali².

Sulla scia di tali obiezioni in materia fu adottato il D.P.C.M. 4 maggio 1999³ che constava di due articoli, il primo sulle finalità e il secondo sui criteri per l'esercizio dei poteri speciali⁴.

¹ V. *Corte di giustizia Ce*, 23 maggio 2000, *Commissione / Italia*, causa C-58/99, Racc. p. I-3815; *Corte di giustizia Ce*, 4 giugno 2002, *Commissione / Portogallo*, causa C-367/98, Racc. p. I-4756; *Corte di giustizia Ce*, 4 giugno 2002, *Commissione / Francia*, causa C-483/99, Racc. p. I-4785; *Corte di giustizia Ce*, 4 giugno 2002, *Commissione / Regno del Belgio*, causa C-503/99, Racc. p. I-4812; *Corte di giustizia Ce*, 13 maggio 2003, *Commissione / Regno di Spagna*, causa C-463/00, Racc. p. I-4606; *Corte di giustizia Ce*, 13 maggio 2003, *Commissione / Regno Unito*, causa C-98/01, Racc. p. I-4644; *Corte di giustizia Ce*, I Sez., 2 giugno 2005, *Commissione / Italia*, causa C-174/04, Racc. p. I-4949; *Corte di giustizia Ce*, I Sez., 28 settembre 2006, *Commissione / Regno dei Paesi Bassi*, cause riunite C-282/04 e C-283/04, Racc. p. I-9155; *Corte di Giustizia Ce*, *Gran. Sez.*, 23 ottobre 2007, *Commissione / Germania*, causa C-112/05, Racc. p. I-9020; *Corte di giustizia Ce*, I Sez., 6 dicembre 2007, *Federconsumatori e AEM S.p.a. / Comune di Milano*, cause riunite C-463/04 e C-464/04, Racc. p. I-10433; *Corte di giustizia Ce*, III Sez., 14 febbraio 2008, *Commissione / Regno di Spagna*, causa C-274/06, Racc. p. I-26; *Corte di giustizia Ce*, III Sez., 17 luglio 2008, *Commissione / Regno di Spagna*, causa C-207/07; *Corte di giustizia Ce*, III Sez., 26 marzo 2009, *Commissione / Italia*, causa C-326/07, Racc. p. I-2291; *Corte di giustizia Ce*, I Sez., 8 luglio 2010, *Commissione / Portogallo*, causa C-171/08, Racc. p. I-6843; *Corte di giustizia Ce*, I Sez., 11 novembre 2010, *Commissione / Portogallo*, causa C-543/08, Racc. p. I-11245; *Corte di giustizia Ce*, I Sez., 10 novembre 2011, *Commissione / Portogallo*, causa C-212/09, Racc. p. I-10892; *Corte di giustizia Ce*, IV Sez., 8 novembre 2012, *causa C-244/11, Commissione / Grecia*.

² Per un commento sui rilievi mossi in sede comunitaria e sulla successiva evoluzione della legislazione italiana in materia v. L. TALARICO, *Azienda pubblica e processi di privatizzazione*, Milano, 2002, pp. 45 ss.

³ Tale D.P.C.M. è rubricato: "Direttiva per l'esercizio dei poteri speciali del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica in alcune società per azioni ai sensi dell'art. 2 del D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 1994, n. 474".

⁴ Su tale D.P.C.M. v. M. CLARICH e A. PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 434. In particolare l'art. 1 disponeva che i poteri speciali, di cui all'art. 2, D.L. n. 332 del 1994, avevano l'obiettivo di salvaguardare vitali interessi dello Stato e rispondevano, nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario e comunque in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato, ad imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa. Il comma 1 dell'articolo 2 disponeva che i poteri speciali potevano essere esercitati "nei casi e nei limiti, anche temporali, previsti dagli statuti delle società interessate e nel rispetto dei principi di non discriminazione, di finalizzazione agli imprescindibili motivi di interesse generale di cui all'art. 1, di idoneità e proporzionalità al raggiungimento di queste ultime finalità, nonché nel rispetto dei criteri di cui al presente articolo". Il comma 2 del medesimo articolo specificava le disposizioni precedenti, elencando in dettaglio alcuni casi in cui non è espresso il gradimento.



Successivamente l'articolo 66, 3° comma, legge 23 dicembre 1999, n. 488⁵, stabilì che i poteri speciali di cui all'articolo 2, decreto legge n. 332 del 1994, potevano essere introdotti esclusivamente per rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale (in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica e alla difesa), in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche per quanto riguarda i limiti temporali, e che detti poteri erano posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, tra cui in primo luogo il principio di non discriminazione, e in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato.

Fu poi emanato il D.P.C.M. 11 febbraio 2000⁶ che, con qualche modifica, sostanzialmente riprodusse il contenuto del D.P.C.M. 4 maggio 1999⁷.

b) Nella riunione del 15 aprile 2003 del Comitato di consulenza globale e garanzia per le privatizzazioni si discusse la posizione italiana in materia di poteri speciali⁸.

In tale circostanza il suddetto Comitato formulò alcuni suggerimenti al Governo per conformare i poteri speciali a determinati principi. Innanzitutto si suggerì di ridefinire i casi e i criteri di esercizio dei poteri speciali in maniera “specificata, oggettiva e trasparente”, limitandone l'utilizzazione alle sole ipotesi in cui potesse determinarsi un pregiudizio per interessi di particolare rilevanza dello Stato non tutelabili in altro modo. In secondo luogo si affermò che si sarebbe dovuto definire una procedura di esercizio dei poteri speciali, stabilendo termini “opportuni” e un obbligo di specifica motivazione, confermando la possibilità di sottoposizione al sindacato dell'autorità giudiziaria. Infine si propose di ridurre i poteri speciali ai soli poteri di autorizzazione all'acquisto di partecipazioni rilevanti, con l'elevazione del limite previsto dalla legge superato il quale il potere poteva essere esercitato, nonché ai poteri di veto o annullamento necessari a tutelare interessi dello Stato.

Le proposte formulate dal Comitato di consulenza per le privatizzazioni furono accolte dalla legge n. 350 del 2003⁹, che modificò la legge n. 474 del 1994¹⁰. Per quel che concerne i poteri speciali, l'intervento della legge n. 350 si tradusse in un loro

⁵ Si tratta della legge finanziaria 2000.

⁶ Il D.P.C.M. 11 febbraio 2000 è rubricato: “Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 del D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 1994, n. 474, ai sensi dell'art. 66, comma 4, della L. 23 dicembre 1999, n. 488”. Sul punto v. E. FRENI, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1052, che ritiene illegittimo l'art. 2 di tale D.P.C.M. nella parte in cui riconosce all'esecutivo il potere di negare il gradimento ad acquisizioni azionarie che non siano coerenti con la scelta di privatizzazione della società.

⁷ In particolare nel D.P.C.M. 11 febbraio 2000 rispetto al D.P.C.M. 4 maggio 1999 nell'art. 2, comma 2, è stato aggiunto un altro caso in cui non è espresso il gradimento. Sull'evoluzione della vicenda dei poteri speciali nel nostro ordinamento v. F. BONELLI e M. ROLI, voce *Privatizzazioni, aggiornamento*, cit., p. 1009.

⁸ V. a tal proposito il Comunicato Stampa del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 15 aprile 2003 relativo a “Comitato Privatizzazioni: riunione del 15 aprile 2003”, reperibile nel sito web http://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2003/comunicato_0099.html – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

⁹ L. 24 dicembre 2003, n. 350, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)”, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 27 dicembre 2003, n. 299, S. O. n. 196.

¹⁰ L'articolo 4, comma 218, della legge n. 350 del 2003 ha modificato l'articolo 1 della legge n. 474 del 1994, sostituendone il secondo comma e aggiungendovi i commi 2 bis e 2 ter. Sul merito di tali modifiche v. E. FRENI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 263 ss.



ridimensionamento a seguito della riscrittura dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 474 del 1994¹¹.

In particolare l'articolo 4, comma 227, della legge n. 350 del 2003, prevedeva due ipotesi di opposizione successiva, meno gravose degli analoghi casi di previo gradimento previsti dalla disciplina precedente, da esercitarsi in tempi piuttosto ristretti, con provvedimento adeguatamente motivato in merito al danno concreto procurato agli "interessi vitali dello Stato"¹². A tali opposizioni si aggiunse un diritto di veto nei confronti di delibere particolarmente rilevanti per la vita della società che poteva essere esercitato, al pari dei casi di opposizione, solo se opportunamente motivato riguardo al pregiudizio effettivo prodotto nei confronti degli "interessi vitali dello Stato"¹³ e infine, a fronte della nomina di un numero variabile di amministratori e sindaci ai sensi della precedente disciplina, venne prevista la nomina di un solo amministratore senza diritto di voto¹⁴.

¹¹ Sulle modifiche apportate ai poteri speciali dalla legge n. 350 del 2003 v. A. SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, II, pp. 707 ss.; G. C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, pp. 235 ss.

¹² V. l'articolo 4, comma 227, lett. a) e lett. b). Nel primo caso, previsto dalla lett. a), si trattava di opposizione all'assunzione di partecipazioni rilevanti da parte di nuovi azionisti, da esprimersi nel termine di dieci giorni dalla comunicazione effettuata dagli amministratori al momento della richiesta di iscrizione nel libro dei soci; il potere di opposizione sostituiva il potere di esprimere il proprio gradimento, da esprimersi entro sessanta giorni, previsto dalla precedente disciplina. L'esercizio dell'opposizione nella nuova disciplina doveva trovare giustificazione nel fatto che il Ministro riscontrasse nell'assunzione di partecipazioni rilevanti un pregiudizio concreto agli interessi vitali dello Stato. Nell'attesa della decorrenza del termine per l'esercizio del potere di opposizione, era confermata la sospensione del diritto di voto e degli altri diritti di contenuto diverso da quello patrimoniale, legati alle azioni costituenti la partecipazione rilevante e che, una volta esercitato il potere di opposizione, il cessionario non poteva esercitare i diritti di voto e quelli di contenuto diverso da quello patrimoniale legati alle azioni costituenti la partecipazione rilevante, con l'obbligo di cedere le stesse azioni entro un anno. Nel secondo caso, invece, l'opposizione era eventualmente esercitata nei confronti di una serie di patti o accordi parasociali, tra cui quelli relativi all'esercizio del diritto di voto, entro dieci giorni dalla comunicazione di tali patti o accordi effettuata dalla Consob al Ministro dell'economia e delle finanze. In particolare la lett. b) attribuiva al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di opporsi alla conclusione di patti parasociali, nel caso in cui gli aderenti al patto rappresentassero almeno il 5 per cento del capitale sociale formato da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria. Anche in questo secondo caso il potere di opposizione sostituiva quello di gradimento. L'esercizio del potere di opposizione doveva avere luogo entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione della Consob, anziché entro i sessanta giorni anteriormente previsti per l'esercizio del potere di gradimento. La nuova disciplina, anche in relazione al caso di cui alla lett. b), imponeva che l'opposizione fosse manifestata attraverso un provvedimento debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato dal patto ad interessi vitali dello Stato.

¹³ V. l'articolo 4, comma 227, lett. c). Si trattava delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale e delle delibere volte a modificare lo statuto, sopprimendo o modificando i poteri speciali.

¹⁴ V. l'articolo 4, comma 227, lett. d). L'articolo 4, comma 228, poi precisava che il potere di opposizione in entrambi i casi poteva essere esercitato qualora sorgesse l'esigenza di tutelare "sopravvenuti motivi imperiosi di interesse pubblico" entro il termine di dieci giorni dalla loro effettiva manifestazione. Inoltre l'articolo 4, comma 229, prevedeva che con D.P.C.M. sarebbero state individuate le società dai cui statuti doveva essere eliminata la clausola con la quale era stata attribuita al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di uno o più poteri speciali. Infine l'articolo 4, comma 230, stabiliva che con D.P.C.M. dovevano essere individuati i criteri di esercizio dei poteri speciali, limitando il loro uso ai soli casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato.



In attuazione di tale legislazione fu emanato il D.P.C.M. 10 giugno 2004¹⁵, in sostituzione del precedente D.P.C.M. 11 febbraio 2000.

Pertanto, in sintesi, la nuova normativa di cui alla legge n. 350 del 2003 come integrata dal citato D.P.C.M. del 2004 prevedeva un sistema di opposizione successiva, più rispettosa del potere di decisione degli azionisti del previo gradimento della normativa precedente, un limitato tempo entro il quale tale potere poteva essere esercitato e una giustificazione dell'esercizio del potere di opposizione del Ministro, derivante dall'esigenza di tutelare "sopravvenuti motivi imperiosi di interesse pubblico", da esercitarsi comunque nei soli casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato.

Le modifiche effettuate dalla citata legge n. 350 del 2003 furono indotte dal tentativo di evitare al nostro paese l'inflizione di sanzioni da parte delle istituzioni comunitarie, ma, come si vedrà, non furono sufficienti a evitare all'Italia una condanna¹⁶.

c) Tuttavia i poteri speciali, pur ridimensionati quantitativamente e qualitativamente, continuavano ad essere uno strumento di condizionamento molto incisivo nei confronti delle società nel cui statuto erano previsti.

La dottrina aveva già rilevato l'anomalia o, per meglio dire, la specialità, delle nuove società a capitale pubblico rispetto al modello tradizionale di società commerciale fin dall'introduzione della legge n. 359 del 1992; tale specialità fu poi certamente molto accentuata dalla presenza di poteri speciali¹⁷.

¹⁵ Tale D.P.C.M. è rubricato appunto "definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'articolo 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474". In particolare l'articolo 1, comma 1, del D.P.C.M. ribadiva la possibilità di esercizio dei poteri speciali solo in presenza di "rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale", con particolare riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, nelle forme e nelle misure idonee e proporzionali alla tutela dei suddetti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di limiti temporali, nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario e tra questi innanzitutto del principio di non discriminazione. Inoltre l'articolo 1, comma 2, afferma che i poteri speciali di opposizione successiva e di veto sono esercitati nei casi di: grave ed effettivo pericolo di mancanza di un minimo di approvvigionamento nazionale di prodotti petroliferi ed energetici, di erogazioni dei servizi ad essi legati, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, di un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto; grave ed effettivo pericolo relativo alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'esercizio di un servizio pubblico; grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei servizi pubblici essenziali; grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica; emergenze sanitarie.

¹⁶ Per le pressioni a modificare le norme in materia di poteri speciali provenienti dalle istituzioni comunitarie v. I. CAZZI, <<Troppi poteri allo Stato nelle società privatizzate>> *La Ue mette in mora l'Italia*, in *Corriere della Sera*, giovedì 6 febbraio 2003, p. 25, ora reperibile nell'archivio digitale del Corriere della Sera, sito web <http://archivio.corriere.it/Archivio/interface/landing.html> – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

¹⁷ V. E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003, pp. 3965 ss. Sul punto v. anche G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche "privatizzate"*, in P. G. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995, p. 171, secondo cui le società derivanti dalla privatizzazione degli enti pubblici conservano il loro "marchio di origine", cioè si configurano come società di diritto speciale: infatti su di esse talvolta vengono esercitati i poteri speciali e inoltre esse sono sottoposte in certi casi alla speciale disciplina del nucleo stabile degli acquirenti di azioni a trattativa diretta dallo Stato oppure alla complessa normativa finalizzata a conservare il gruppo azionario a capitale diffuso. In tal senso v. inoltre F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, cit., p. 5 (nota 5), secondo il quale le s.p.a. derivate dalla trasformazione di enti pubblici rimangono però società di diritto speciale perché ad esse si applicano non solo le norme del codice civile ma anche speciali disposizioni legislative.



Alla normativa dei poteri speciali bisogna ritenere in qualche modo connessi anche i commi da 381 a 384 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266¹⁸, che conferirono alle società in cui lo Stato detiene una partecipazione rilevante la facoltà di emettere azioni e strumenti finanziari partecipativi con l'attribuzione del diritto di chiedere l'emissione di nuove azioni o strumenti partecipativi con diritto di voto.

Con tale legislazione fu introdotto nell'ordinamento italiano uno strumento, esistente anche in ordinamenti esteri, con il quale è possibile contrastare le cd. "scalate ostili", cioè quelle operazioni di acquisizione societaria mediante offerte di acquisto non concordate con i detentori del controllo. Tale strumento è comunemente denominato con l'appellativo di "*poison pill*", cioè pillola avvelenata. Le finalità da esso perseguite sono analoghe a quelle della *golden share*, cioè la tutela dell'azionista pubblico in società operanti in settori giudicati strategici per l'economia nazionale. La *poison pill* ha la funzione di consentire la delibera di un aumento di capitale mediante il quale l'azionista pubblico può accrescere la propria quota di partecipazione vanificando il tentativo di scalata in caso di offerta pubblica di acquisto giudicata ostile, riguardante società con partecipazione pubblica¹⁹.

¹⁸ V. L. 23 dicembre 2005, n. 266, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)", in Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 dicembre 2005, S. O. n. 211. In merito v. F. SANTONASTASO, *Dalla <<golden share>> alla <<poison pill>>: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, I, pp. 383 ss.

¹⁹ In particolare il comma 381 stabilisce che gli statuti delle società nelle quali lo Stato detiene una partecipazione rilevante possono prevedere strumenti che attribuiscono all'assemblea speciale dei loro titolari il diritto di richiedere, a favore di questi ultimi, l'emissione di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria. Le nuove azioni o strumenti sono emesse secondo quanto determinato dallo statuto, anche con riferimento alla quota di capitale detenuta dai titolari all'atto dell'attribuzione del diritto. Il conferimento di tali diritti può essere realizzato mediante strumenti finanziari partecipativi previsti dal novellato articolo 2346, comma sesto, c.c. o mediante categorie di azioni con diritti speciali create, anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti, sulla scorta del novellato articolo 2348, comma secondo, c.c. A tutela dei diritti patrimoniali degli altri azionisti è stabilito che le azioni o gli strumenti finanziari che attribuiscono i predetti diritti siano emessi a titolo gratuito a favore di tutti gli azionisti, ovvero a pagamento, se a favore in particolare di uno o più azionisti, individuati in base all'ammontare della partecipazione detenuta. In quest'ultimo caso, i criteri per la determinazione del prezzo di emissione sono quelli stabiliti in via generale con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB). Gli strumenti finanziari e le azioni qui contemplate godono di un diritto limitato di partecipazione agli utili o alla suddivisione dell'attivo residuo in sede di liquidazione. Il comma 382 prevede poi che le deliberazioni assembleari relative alla creazione delle suddette azioni o strumenti finanziari e le deliberazioni di modifica statutaria previste al comma 384 non attribuiscono il diritto di recesso ai soci che non vi hanno concorso. Il comma 383 conferma che le clausole statutarie inserite in virtù dei commi 381 e 384 possono essere modificate con le maggioranze previste per le modifiche statutarie e sono inefficaci ove manchi l'approvazione dell'assemblea speciale dei titolari di tali strumenti. Infine il comma 384 innesta la disciplina sopra descritta nel contesto degli strumenti previsti a tutela dell'azionista pubblico nelle società operanti in settori strategici, con particolare riferimento all'articolo 3 del D.L. n. 332 del 1994, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 474 del 1994. L'articolo 3 di questo decreto-legge, a fianco dei poteri di *golden share* indicati nell'articolo 2 del medesimo decreto consente di introdurre negli statuti delle imprese operanti in settori strategici (difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e altri pubblici servizi, banche e imprese assicuratrici, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici anche territoriali ed economici) un limite massimo del 5 per cento al possesso azionario riferito al singolo socio, al suo nucleo familiare o al gruppo di appartenenza. Il comma 384 dispone in proposito che lo statuto delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere che l'efficacia delle deliberazioni di modifica delle predette clausole statutarie, decorso il primo triennio di efficacia, sia subordinata all'approvazione da parte dell'assemblea speciale dei titolari delle azioni o degli strumenti sopra descritti. Questa deliberazione



Il D.P.C.M. 20 maggio 2010²⁰, poi, abrogò l'articolo 1, comma 2, del precedente D.P.C.M. 10 giugno 2004.

d) Più di recente il decreto legge n. 21 del 2012, convertito, con modificazioni, nella legge n. 56 del 2012, relativo ai “poteri speciali” dello Stato sugli assetti societari delle imprese operanti in settori strategici e di interesse nazionale ha modificato il decreto legge n. 332 del 1994²¹.

Con la nuova disciplina è stato abbandonato il principio della *golden share* e si è passati a un sistema che attribuisce allo Stato alcuni *golden powers*. In altre parole, la natura dei poteri speciali è cambiata.

La caratteristica principale della nuova normativa è che i poteri d'intervento del Governo a protezione delle società considerate strategiche contro scalate di soggetti che possano recare pregiudizio all'interesse nazionale non sono più riservati alle società oggetto di partecipazione azionaria dello Stato. Infatti essi si potranno applicare anche in caso di cessioni o acquisizione di imprese che non appartengono allo Stato né sono state privatizzate, ma sono già a proprietà privata, operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, da individuarsi tramite DPCM, o dell'energia, dei trasporti, comunicazioni e servizi pubblici essenziali, da individuarsi tramite appositi regolamenti governativi da sottoporre al vaglio parlamentare.

L'intervento legislativo si è reso necessario dall'apertura della procedura di infrazione n. 2009/2255 da parte della Commissione europea, con decisione adottata in data 24 novembre 2011, nei confronti dello Stato italiano a causa della contrarietà dell'articolo 2, D.L. n. 332/1994, alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, garantite oggi dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²². In particolare la Commissione, pur non negando che uno Stato è legittimato a prevedere poteri speciali per salvaguardare interessi vitali dello Stato, ha affermato che un simile obiettivo può essere raggiunto impiegando misure meno restrittive di quelle previste dalla normativa appena

può essere adottata con la maggioranza richiesta per le modificazioni dello statuto. Tuttavia è previsto che, una volta sopravvenuta l'approvazione comunitaria delle disposizioni previste dai precedenti commi da 381 a 383, per le società che approvino le modifiche statutarie previste dai medesimi commi cessa di avere effetto l'articolo 3 del decreto legge n. 332 del 1994.

²⁰ Tale D.P.C.M., pubblicato in G.U. 21 maggio 2010, n. 117, è rubricato appunto “Modifica al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, recante <<Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'articolo 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474>>”. In merito v. S. MARANI, *Golden share: l'Italia sempre più vicina all'Unione Europea*, in *Altalex* 4 giugno 2010, reperibile nel sito web <http://www.altalex.com/index.php?idnot=11239> – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

²¹ V. il D.L. 15 marzo 2012, n. 21, rubricato “Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni” e pubblicato in G. U. 15 marzo 2012, n. 63, convertito, con modificazioni, in L. 11 maggio 2012, n. 56, pubblicata in G. U. 14 maggio 2012, n. 111. Per un primo commento v. M. CAUSI, *Dalla golden share al golden power. Una nuova modalità di intervento pubblico in economia, più leggera ma potenzialmente più estesa*, 11 aprile 2012, reperibile nel sito web http://www.marocausi.it/interno.asp?id_dettaglio=61774&id=119 – ultimo accesso 6 dicembre 2016. Più approfonditamente v. L. ARDIZZONE e M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, specie pp. 934 ss.

²² V. Commissione Europea, comunicato stampa, *Libera circolazione dei capitali: la Commissione deferisce l'Italia alla Corte di giustizia per restrizioni agli investimenti in società privatizzate*, reperibile nel sito web http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1443_it.htm – ultimo accesso 6 dicembre 2016.



citata²³. Ora, poiché la presenza di simili disposizioni rende meno attraente l'acquisto delle partecipazioni azionarie su cui gravano i poteri speciali, ciò comporta, secondo la Commissione europea, un'ingiustificata restrizione della libera circolazione dei capitali e del diritto di stabilimento.

Tuttavia questo non significa che l'Unione Europea vieti completamente l'adozione di misure volte a proteggere alcuni settori di vitale importanza per lo Stato, ma solo che subordina l'adozione di tali misure al rispetto delle regole della concorrenza. Come è noto, sulla scorta dell'articolo 346 TFUE (ex articolo 296 TCE) a uno Stato membro non è imposto di divulgare informazioni se tale divulgazione è ritenuta dallo Stato stesso contraria alla propria sicurezza e inoltre ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali alla propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, purché tali misure non alterino le condizioni di concorrenza nel mercato interno in relazione ai prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari²⁴.

La nuova normativa, derivante dal decreto legge n. 21 del 2012 e dalla successiva legge di conversione, prevede poteri speciali del Governo sulle imprese che operano nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, diversi rispetto al passato.

Essa dovrebbe uniformare la legislazione italiana alle norme comunitarie che richiedono che, anche quando in un'impresa privata lo Stato o altri soggetti pubblici detengono quote azionarie, essi si comportino come normali azionisti, senza utilizzare indiscriminati poteri speciali suscettibili di alterare le regole della concorrenza.

Tuttavia resta dubbio se con la nuova normativa vi sia stato un effettivo ridimensionamento dell'ingerenza pubblica. Infatti, mentre è stato ridimensionato il contenuto dei poteri speciali ne è stato allargato il campo di applicazione visto che, dopo l'introduzione di questa legislazione, esso abbraccia, potenzialmente, tutte le società operanti in settori considerati strategici o d'interesse nazionale, nel campo della difesa e sicurezza nazionale, energia, trasporti e telecomunicazioni, ivi comprese società che non hanno mai fatto parte del patrimonio pubblico. Inoltre, per le imprese pubbliche privatizzate, la nuova normativa si applicherà a prescindere dall'eventuale residua partecipazione dello Stato nel capitale delle stesse. Nondimeno non si assiste a un generalizzato assoggettamento delle imprese operanti nei settori presi in esame dalla suddetta normativa, poiché spetta al Governo specificare il contenuto di applicazione di quest'ultima.

Nel settore della difesa e della sicurezza nazionale i poteri speciali possono essere esercitati solo in caso di "minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali della difesa e

²³ La normativa di cui al D.L. n. 332 del 1994 è stata ritenuta vaga, i criteri per l'esercizio dei poteri speciali sono stati ritenuti indeterminati, le misure non proporzionali allo scopo perseguito ed è stata altresì rilevata un'eccessiva discrezionalità attribuita all'autorità amministrativa nell'esercizio del potere. V. la relazione illustrativa al regolamento 25 marzo 2014, n. 85 (su tale regolamento v. infra).

²⁴ V. l'articolo 346, paragrafo 1, TFUE: "Le disposizioni dei trattati non ostano alle norme seguenti: a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza; b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari."



della sicurezza nazionale”. Nel valutare le potenziali minacce, il Governo dovrà rispettare i principi di proporzionalità e ragionevolezza²⁵ e potrà intervenire con tre diversi tipi di poteri speciali, consistenti in specifiche condizioni per l’acquisto di partecipazioni, veto all’adozione di una serie di delibere adottate dagli organi societari, opposizione all’acquisto di partecipazioni²⁶. Ai fini del tempestivo esercizio di tali poteri sono previste notifiche alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per fornire informazioni sulla delibera o sull’atto da adottare oppure sulle acquisizioni di partecipazioni effettuate e sanzioni per l’acquirente che non rispetti le prescrizioni imposte²⁷.

Invece per quanto riguarda i settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni è prevista una notifica al Governo (da effettuarsi nel limite massimo di dieci giorni precedenti al momento in cui sia data loro attuazione e la cui mancanza comporta sanzioni pecuniarie, salvo che il fatto costituisca reato) delle delibere adottate dalle società relative a modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità, al cambiamento della destinazione,

²⁵ V. l’articolo 1, comma 3, del testo del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, coordinato con la legge di conversione 11 maggio 2012, n. 56: “Al fine di valutare la minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, derivante dall’acquisto delle partecipazioni di cui alle lettere a) e c) del comma 1, il Governo, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, considera, alla luce della potenziale influenza dell’acquirente sulla società, anche in ragione della entità della partecipazione acquisita: a) l’adeguatezza, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell’acquisizione, della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell’acquirente nonché del progetto industriale, rispetto alla regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre che alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni, direttamente o indirettamente, dalla società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione, con specifico riguardo ai rapporti relativi alla difesa nazionale, all’ordine pubblico e alla sicurezza nazionale; b) l’esistenza, tenuto conto anche delle posizioni ufficiali dell’Unione europea, di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami fra l’acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto, che non rispettano le norme del diritto internazionale o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale, desunti dalla natura delle loro alleanze, o hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati”.

²⁶ Ciò avviene ai sensi dell’articolo 1, comma 1: “... a) imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale; b) veto all’adozione di delibere dell’assemblea o degli organi di amministrazione di un’impresa di cui alla lettera a), aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell’azienda o di rami di essa o di società controllate, il trasferimento all’estero della sede sociale, il mutamento dell’oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell’articolo 2351, terzo comma, del codice civile ovvero introdotte ai sensi dell’articolo 3, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, come da ultimo modificato dall’articolo 3 del presente decreto, le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali o l’assunzione di vincoli che ne condizionano l’impiego; c) opposizione all’acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un’impresa di cui alla lettera a) da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, qualora l’acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale. A tale fine si considera altresì ricompresa la partecipazione detenuta da terzi con i quali l’acquirente ha stipulato uno dei patti di cui all’articolo 122 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, ovvero di quelli di cui all’articolo 2341-bis del codice civile”.

²⁷ V. l’articolo 1, commi 4 e 5, del testo coordinato del D.L. n. 21 del 2012 con la L. n. 56 del 2012.



comprese fusione o scissione, al trasferimento all'estero della sede sociale, al mutamento dell'oggetto sociale, allo scioglimento della società e altre importanti operazioni societarie²⁸. Il Governo potrà sottoporre a specifiche condizioni delibere, atti o operazioni che diano luogo a una minaccia eccezionale di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti²⁹ e opporre il proprio veto in caso di acquisizione del controllo da parte di eventuali acquirenti extracomunitari³⁰. In quest'ultimo caso, però, sono necessari due ulteriori presupposti³¹: innanzitutto la presenza di legami tra gli investitori e organizzazioni criminali o soggetti o enti a queste collegati; in secondo luogo l'intervento sulla società deve essere idoneo a garantire la continuità degli approvvigionamenti, il mantenimento, la sicurezza e l'operatività delle reti e degli impianti, il libero accesso al mercato.

Bisogna notare che il potere di veto ha il carattere di uno specifico e particolare diritto soggettivo attribuito a un soggetto estraneo alla compagine sociale e inoltre non è incorporato nella partecipazione azionaria o in una speciale categoria di azioni, tanto che non si tratta, neppure in senso lato, di *golden share*. Si può, pertanto, riscontrare l'evoluzione delle nuove forme dei poteri speciali verso un progressivo superamento del loro ruolo di meccanismo funzionale alla privatizzazione sostanziale di imprese che un tempo appartenevano alla sfera pubblica³².

Sembra, peraltro, di trovarsi al cospetto di un limite alla circolazione delle partecipazioni molto simile al gradimento di cui agli articoli 2355-*bis* e 2469 c.c.³³, dato che anche il potere di opposizione ha lo scopo di impedire a un soggetto non gradito la possibilità di condizionare la formazione delle decisioni sociali, con il potenziale sacrificio del socio che vuol cedere la sua partecipazione³⁴. Nondimeno vi sono delle importanti differenze. Infatti, mentre il rifiuto del gradimento comporta l'inefficacia del trasferimento delle azioni nei confronti della società, l'esercizio dell'opposizione non incide direttamente sul contratto di vendita tra il socio originario cedente e il cessionario, ma impedisce a quest'ultimo di esercitare i propri diritti di azionista, con obbligo di alienazione delle azioni stesse entro un anno³⁵.

²⁸ V. Articolo 2, commi 2 e 4 del testo coordinato del D.L. n. 21 del 2012 con la L. n. 56 del 2012.

²⁹ V. Articolo 2, comma 3, del testo coordinato del D.L. n. 21 del 2012 con la L. n. 56 del 2012.

³⁰ V. Articolo 2, comma 5, del testo coordinato del D.L. n. 21 del 2012 con la L. n. 56 del 2012.

³¹ V. Articolo 2, comma 7, del testo coordinato del D.L. n. 21 del 2012 con la L. n. 56 del 2012.

³² V. A. SACCO GINEVRI, *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2016, p. 12.

³³ V. l'art. 2355-*bis*, comma 1, secondo cui "nel caso di azioni nominative ed in quello di mancata emissione dei titoli azionari, lo statuto può sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento" e l'art. 2369, comma 1, che stabilisce che "le partecipazioni sono liberamente trasferibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo".

³⁴ V. L. ARDIZZONE e M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità: il paradosso del socio senza azioni*, *Relazione per il IV Convegno annuale di Orizzonti del diritto commerciale "Impresa e mercato fra liberalizzazioni e regole"*, 28 gennaio 2013, p. 16, reperibile nel sito web http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/20511/ardizzone_l.-vitali_m._paper_28.01.013.pdf – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

³⁵ V., per quel che riguarda i poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, l'art. 1, comma 5, del testo coordinato del D.L. n. 21 del 2012 con la L. n. 56 del 2012 e per quel che riguarda i poteri speciali



Il 30 novembre 2012 è stato adottato il D.P.C.M. n. 253, che ha individuato le attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale coperte dai nuovi poteri speciali³⁶. Tale regolamento è stato prima modificato dal D.P.C.M. n. 129 del 2 ottobre 2013³⁷ e poi abrogato e sostituito dal D.P.C.M. n. 108 del 6 giugno 2014³⁸.

In attuazione dell'articolo 1, comma 8, del citato D.L. 21 del 2012 è stato emanato il D.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, che individua le procedure per l'esercizio dei nuovi poteri speciali esercitabili dal Governo nei settori della difesa e della sicurezza nazionale³⁹.

In data 25 marzo 2014 sono stati poi adottati i D.P.R. n. 85 e 86, con cui sono stati rispettivamente individuati gli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e le procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei medesimi settori, con l'obiettivo di adeguare la normativa nazionale alle regole e ai principi del diritto europeo relativi all'esercizio di poteri speciali da parte del Governo⁴⁰.

inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, l'art. 2, comma 6, del medesimo testo coordinato.

³⁶ V. il D.P.C.M. 30 novembre 2012 n. 253, pubblicato in G.U. 4 febbraio 2013 n. 29, "Regolamento recante individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56".

³⁷ V. il D.P.C.M. 2 ottobre 2013 n. 129, pubblicato in G.U. 13 novembre 2013 n. 266, "Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 novembre 2012, n. 253, concernente il regolamento recante l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56".

³⁸ V. il D.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108, contenente il "Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56" pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 176 del 31 luglio 2014 ed entrato in vigore il 15 agosto 2014.

³⁹ V. D.P.R. 19 febbraio 2014, n. 35, "Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 8, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 66 del 20 marzo 2014. Tale D.P.R., composto di undici articoli, prevede la notifica a un apposito ufficio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, da istituire con successivo DPCM, di un'informativa su determinate delibere da parte delle società che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale ai fini dell'esercizio del potere di veto e di un'informativa da parte di chi acquista partecipazioni azionarie nelle medesime società ai fini dell'esercizio del potere di opposizione governativo.

⁴⁰ V. il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 85, contenente il "Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica", emanato in attuazione dell'art. 2, comma 1, D.L. n. 21 del 2012, con cui sono stati individuati gli attivi di rilevanza strategica, rispettivamente, all'art. 1 per il settore energetico, all'art. 2 per il settore trasporti e all'art. 3 per il settore comunicazioni nonché, all'art. 4, le tipologie di atti e operazioni in relazione alle quali la disciplina dei poteri speciali non trova applicazione. Per l'energia sono stati coperti dal decreto la rete nazionale di trasporto del gas naturale e relative stazioni di compressione e centri di dispacciamento, la rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e relativi impianti di controllo e dispacciamento, le infrastrutture di approvvigionamento di energia e gas da altri Stati e le attività di gestione connesse all'utilizzazione delle reti e infrastrutture precedentemente citate. Per quanto concerne i trasporti, sono stati inclusi i porti e gli aeroporti di interesse nazionale, la rete ferroviaria e autostradale di rilevanza per le reti trans-europee, i grandi trafori. Infine, per le comunicazioni, si fa riferimento agli impianti per i servizi a banda larga e ultra-larga. Il secondo provvedimento è il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86 contenente il "Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali". I due regolamenti sono stati pubblicati nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2014 e sono entrati in vigore il giorno successivo.



9. Le nuove misure adottate nel nostro paese a livello economico in difesa della sicurezza nazionale e volte soprattutto a fornire una risposta concreta ai timori di un uso politico degli investimenti esteri dei fondi sovrani¹ hanno precedenti in altri paesi². In particolare negli Stati Uniti la verifica degli investimenti provenienti da paesi esteri è svolta dal *Committee on Foreign Investments in the United States* (CFIUS), organo di natura intergovernativa, che effettua una valutazione dei rischi associati alla volontà di investitori stranieri di trasferire la proprietà di imprese di importanza strategica per l'economia statunitense sotto il controllo di Governi esteri³. Il CFIUS fu creato dal Presidente Gerald Ford nel 1975⁴ con la funzione di monitorare l'impatto degli investimenti stranieri negli Stati Uniti. Poi la composizione e le funzioni del CFIUS hanno subito un'evoluzione nel corso degli anni⁵.

Oggi il sistema di controllo del CFIUS è disciplinato dalla FINSA, legge statunitense sugli investimenti stranieri e sulla sicurezza nazionale⁶, con l'obiettivo, da una parte, di salvaguardare la competitività degli Stati Uniti come destinatari di flussi di investimento estero e, dall'altra, di proteggersi dai rischi per la sicurezza nazionale.

Sono vagliate dal CFIUS operazioni di natura straordinaria quali fusione o acquisizione, eseguite da soggetti sotto controllo straniero. In particolare tale organismo è competente a valutare le operazioni rilevanti ai fini della sicurezza nazionale, nell'ipotesi in cui gli investitori esteri conseguano direttamente o indirettamente il controllo di imprese statunitensi ritenute strategiche nel campo della sicurezza e siano riconducibili direttamente o indirettamente a un Governo straniero.

¹ Come è noto i fondi sovrani sono fondi di investimento che in vari modi si identificano con lo Stato, operano anche all'estero e suscitano timori per la scarsa trasparenza sugli investimenti effettuati, sulla *governance*, sulla responsabilità della gestione, sulle finalità potenzialmente anche geopolitiche da essi perseguite.

² V., per esempio, i casi di Regno Unito e Germania, citati in P. SAVONA e P. REGOLA, *Il ritorno dello Stato padrone*, Soveria Mannelli, Catanzaro, 2009, p. 87.

³ In merito v. P. SAVONA e P. REGOLA, *Il ritorno dello Stato padrone*, cit., pp. 97 ss.

⁴ V. *Executive Order 11858, Foreign investment in the United States, May 7, 1975*, reperibile nel sito web <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/11858.html> – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

⁵ V. *Executive Order 12188, International trade functions, January 2, 1980*, del Presidente Carter, reperibile nel sito web <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12188.html> – ultimo accesso 6 dicembre 2016; *Executive Order 12661, Implementing the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 and related international trade matters, December 27, 1988*, del Presidente Reagan, reperibile nel sito web <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12661.html> – ultimo accesso 6 dicembre 2016; *Executive Order 12860, Adding Members to the Committee Foreign Investment in the United States, September 3, 1993*, del Presidente Clinton, reperibile nel sito web <http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/pdf/12860.pdf> – ultimo accesso 6 dicembre 2016; *Executive Order 13286, Amendment of Executive Orders, and Other Actions, in Connection With the Transfer of Certain Functions to the Secretary of Homeland Security, February 28, 2003*, (in particolare la section 50 aggiunte alla composizione del CFIUS il Segretario per la Sicurezza interna), del Presidente Bush, reperibile nel sito web <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2003-03-05/pdf/03-5343.pdf> – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

⁶ V. *Foreign Investment and National Security Act of 2007* (FINSA), Public Law 110-49, July 26, 2007, section 3, reperibile nel sito web <http://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/FINSA.pdf> – ultimo accesso 6 dicembre 2016. V. anche *Executive Order 13456, Further Amendment of Executive Order 11858 Concerning Foreign Investment in the United States, January 23, 2008*, del Presidente Bush, reperibile nel sito web <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2008-01-25/pdf/08-360.pdf> – ultimo accesso 6 dicembre 2016. A seguito delle modifiche operate da tale ultima legge, partecipano alla CFIUS, tra gli altri, il Segretario al Tesoro, il Segretario alla Sicurezza Interna, il Segretario al Commercio, il Segretario alla Difesa, il Segretario di Stato, il Segretario alla Giustizia, il Segretario all'Energia e, tra i membri non votanti, il *Director of National Intelligence* (DNI).



Sulla base dei riscontri trasmessi dal CFIUS, il Presidente degli Stati Uniti ha la facoltà di sospendere o porre il veto su una transazione o, se già avvenuta, di imporre il disinvestimento quando emergano concrete prove di un controllo societario da parte straniera suscettibile di mettere in pericolo gli interessi nazionali e le leggi a tutela della sicurezza nazionale siano inadeguate.

Il FINSA ha ampliato le competenze del CFIUS nell'ambito della sicurezza nazionale fino a comprendere, oltre alla sicurezza interna, anche le tecnologie e le infrastrutture critiche per la difesa nazionale.

10. Tornando all'Italia, bisogna notare che le continue modifiche legislative sono state indotte dalle condanne per violazione delle norme del Trattato Ce che il nostro paese ha subito nel corso degli anni.

Infatti, anche senza tener conto dell'ultima procedura di infrazione avviata nel 2009 e di cui si è già trattato, la normativa italiana in tema di poteri speciali è stata più volte censurata dalla Corte di giustizia.

Con sentenza 23 maggio 2000¹ la Repubblica italiana fu condannata dalla Corte di giustizia che ritenne la legislazione italiana, in particolare gli articoli 1, comma 5 e 2, del decreto legge n. 332 del 1994, contrastante con le norme del Trattato sulla libera circolazione dei capitali e dei servizi, sulla libertà di stabilimento e sulle regole della concorrenza. Secondo la Corte, per non ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, i poteri speciali dovevano essere applicati in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale, essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo. In realtà nel caso di specie la Corte condannò lo Stato italiano per il ritardo con il quale aveva adeguato la sua legislazione ai rilievi mossi².

L'Italia fu poi nuovamente sanzionata dalla Corte di giustizia con decisione 2 giugno 2005³. Oggetto della censura della Commissione fu in quell'occasione il decreto legge n. 192 del 2001 convertito nella legge 301 del 2001⁴. Con tale decisione la Corte stabilì che la

¹ V. C. giust. Ce, sentenza 23 maggio 2000, causa C-58/99, cit.; per un commento a tale decisione v. P. DE PASQUALE, Golden share all'italiana, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2000, pp. 1233 ss.; F. MERUSI, La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2000, pp. 1236 ss.; S. NINATTI, Privatizzazioni: la Comunità europea e le golden share nazionali, in *Quad. cost.*, 2000, pp. 702 ss.

² Infatti è ben noto il costante orientamento della Corte di giustizia secondo cui l'esistenza di un inadempimento deve essere valutato in rapporto alla situazione esistente al momento della scadenza del termine fissato nel parere della Commissione. A tal proposito, v., tra le altre, C. giust. Ce, 17 novembre 2011, causa C-496/09, punto 27; C. giust. Ce, 7 luglio 2009, causa C-369/07, Commissione/Grecia, punto 43; C. giust. Ce, 12 luglio 2005, causa C-304/02, Commissione/Francia, punto 30; C. giust. Ce, 13 maggio 2003, causa C-463/00, cit., punto 25; C. giust. Ce, 5 dicembre 2002, causa C-174/01, punto 18; C. giust. Ce, 6 giugno 2002, causa C-177/01, punto 13; C. giust. Ce, 6 dicembre 2001, causa C-148/00, punto 7; C. giust. Ce, 15 marzo 2001, causa C-147/00, punto 26; C. giust. Ce, 30 novembre 2000, causa C-384/99, punto 16; C. giust. Ce, 23 maggio 2000, causa C-58/99, punto 17; C. giust. Ce, 11 novembre 1999, causa C-315/98, punto 11; C. giust. Ce, 16 dicembre 1997, causa C-316/96, punto 14; C. giust. Ce, 3 luglio 1997, causa C-60/96, punto 15. Inoltre v. E. FRENI, L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1145.

³ V. Corte di giustizia Ce, I Sez., 2 giugno 2005, causa C-174/04, Commissione / Italia, cit.

⁴ V. D.L. 25 maggio 2001, n. 192, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 25 maggio 2001, n. 120 e convertito in L. 20 luglio 2001, n. 301, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 24 luglio 2001, n. 170, recante "Disposizioni urgenti per salvaguardare i processi di liberalizzazione e privatizzazione di specifici settori dei servizi pubblici".



sospensione automatica dei diritti di voto per le partecipazioni azionarie eccedenti il limite del 2% del capitale sociale di imprese operanti nei settori dell'elettricità e del gas, quando tali partecipazioni sono acquisite da imprese pubbliche non quotate in mercati finanziari regolamentati e titolari di una posizione dominante nel proprio mercato nazionale, rappresentava un'illecita restrizione alla libera circolazione dei capitali.

Alla fine del 2007 la Corte di giustizia si pronunciò su una questione pregiudiziale sollevata dal Tar Lombardia relativa alla compatibilità dell'articolo 2449 c.c., applicato da solo o in combinato disposto con l'articolo 4 della legge n. 474 del 1994, con l'articolo 56 TCE (ora articolo 63 TFUE) come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria⁵.

In particolare la questione riguardava le disposizioni nazionali in base alle quali lo statuto di una società per azioni poteva conferire allo Stato o ad altro ente pubblico con partecipazioni in tale società il diritto di nominare direttamente uno o più membri del consiglio di amministrazione di quest'ultima⁶.

⁵ V. Corte di giustizia Ce, I Sez., 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori e AEM S.p.a. / Comune di Milano*, cit. Per un commento v. E. M. BARBIERI, *L'art. 2449 comma 1 c.c. davanti alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, pp. 373 ss.; G. BARZAZI, *La forza espansiva dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di golden share (riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia relative alla vicenda Volkswagen e A.E.M. Milano)*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 3, pp. 151 ss.; M. C. CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e "potere di controllo" nell'art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, 2008, pp. 932 ss.; I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., pp. 581 ss.; S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares*, cit., pp. 885 ss.; G. F. FERRARI, *La golden share nella governance delle imprese locali di servizi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 884 ss.; F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. Soc.*, 2008, pp. 682 ss.; G. MONTEDORO, *Golden share comunale: un passo verso il mercato*, in *Dir. e prat. amm.*, 2008, fasc. 2, pp. 10 ss.; G. C. SPATTINI, <<Vere>> e <<false>> <<golden shares>> nella giurisprudenza comunitaria, cit., specie pp. 340 ss.; C. VITALE, *La Corte di giustizia <<boccia>> l'art. 2449 del codice civile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 521 ss.

⁶ L'AEM Spa (Azienda Elettrica Milanese S.p.a.), società costituita dal Comune di Milano nel 1996 per la gestione di servizi pubblici nel settore della distribuzione del gas e dell'energia elettrica, fu quotata in borsa nel 1998. Una prima cessione di azioni fece ridurre la partecipazione del Comune di Milano al 51 % del capitale di tale società. Poi nel febbraio 2004 il consiglio comunale di Milano decise di ridurre la propria partecipazione al capitale societario al 33,4%, subordinando però tale cessione di azioni alla preventiva modifica dello statuto. Con delibera di poco successiva del medesimo consiglio comunale fu modificato lo statuto dell'AEM, in particolare le disposizioni sulle modalità di nomina dei membri del consiglio di amministrazione di tale società. Nell'aprile del 2004 l'assemblea straordinaria degli azionisti della citata società modificò lo statuto in senso conforme alla delibera comunale introducendo il diritto esclusivo a favore del Comune di Milano di procedere alla nomina diretta di un numero di amministratori, in proporzione all'entità della propria partecipazione, nei limiti di un quarto dei membri del consiglio di amministrazione di detta società. Tuttavia a tale previsione si aggiungeva la circostanza che lo statuto dell'AEM, ai sensi dell'art. 4 della L. n. 474 del 1994, conferiva alla medesima amministrazione comunale anche il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati dal Comune. L'effetto combinato della riserva di nomina diretta di amministratori e del diritto di partecipare al voto di lista per la designazione degli altri membri del consiglio di amministrazione della società consentiva al Comune di Milano di conservare sempre la maggioranza assoluta nel suddetto consiglio di amministrazione, sebbene esso fosse destinato a divenire socio di maggioranza relativa. Con ordinanza cautelare 10 giugno 2004 il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sospese gli effetti della delibera comunale per il contrasto del meccanismo di nomina degli amministratori dell'AEM con la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di poteri speciali. Con ordinanza cautelare 10 agosto 2004 il Consiglio di Stato riformò l'ordinanza del Tar, respingendo l'istanza cautelare, dato che la giurisprudenza comunitaria sulla quale si fondava tale ordinanza riguardava la c.d. *golden share*, azione che conferisce poteri speciali, che per il supremo organo di giustizia amministrativa doveva essere tenuta distinta dalla nozione oggetto della controversia giudiziale incentrata



Non riscontrando alcuna giustificazione per la limitazione alla restrizione della libertà di circolazione dei capitali, la questione fu risolta nel senso di ritenere l'articolo 2449 c.c. ostativo nei confronti di tale libertà⁷.

Successivamente la Corte di giustizia, con decisione 26 marzo 2009⁸, condannò ancora una volta l'Italia. In quella circostanza essa giudicò incompatibili con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali i poteri speciali detenuti dallo Stato italiano nelle società ENI, Telecom Italia, Enel e Finmeccanica, operanti rispettivamente nei settori della petrolchimica e dell'energia, delle telecomunicazioni, dell'elettricità e della difesa.

In particolare la Corte affermò che l'uso dei poteri speciali previsti dalla normativa italiana per raggiungere gli obiettivi previsti dal D.P.C.M. 10 giugno 2004 era sproporzionato e i criteri per l'esercizio di questi poteri erano vaghi e di portata

invece sui poteri speciali a favore di uno degli azionisti previsti dalla normativa civilistica. Il Tar, a seguito di tale pronuncia, sollevò questione pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia, interrogandosi sulla conformità dell'art. 2449 del codice civile con l'articolo 56 TCE (ora articolo 63 TFUE) in quanto la sua applicazione, combinata con il sistema del voto di lista di cui all'art 4 della legge n. 474/94, avrebbe introdotto una limitazione alla possibilità di partecipazione effettiva alla gestione ed al controllo reale di una società per azioni al di fuori degli ambiti di esercizio legittimo dei poteri speciali.

⁷ L'articolo 2449 c.c., che non prevedeva alcun limite per il numero degli amministratori direttamente nominabili dallo Stato o da un ente pubblico con partecipazioni nel capitale di una S.p.a., fu considerato disposizione restrittiva della libertà di circolazione dei capitali in quanto consentiva agli azionisti pubblici di usufruire della possibilità di partecipare al consiglio di amministrazione di una S.p.a. con un peso maggiore rispetto a quanto sarebbe stato loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti e con conseguente riduzione dell'influenza degli altri azionisti. Per quanto riguarda il caso dell'AEM, il diritto di nomina diretta di amministratori, riservato al Comune di Milano proporzionalmente alla sua partecipazione nel capitale di tale società e nel limite di un quarto dei membri del suo consiglio d'amministrazione, si aggiungeva al diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati; la conseguenza era che il Comune di Milano, sulla scorta del combinato disposto dell'articolo 2449 c.c. e dell'articolo 4 della legge n. 474 del 1994, poteva disporre della maggioranza assoluta nel menzionato consiglio, sebbene possedesse solo una partecipazione pari al 33,4% del capitale societario. Ora, la circostanza che il legislatore nazionale avesse conferito poteri speciali allo Stato o ad un ente pubblico con partecipazioni in una società per azioni inserendole tra le disposizioni del codice civile relative a tali società e il fatto che l'assemblea dei soci dell'AEM avesse attribuito tali poteri spontaneamente e in applicazione dell'ordinario diritto societario non sono stati considerati dalla Corte quali argomenti sufficienti a sottrarre la normativa in questione dai vincoli derivanti dall'applicazione dell'art. 56 TCE (ora articolo 63 TFUE).

⁸ V. *Corte di giustizia Ce, III Sez., 26 marzo 2009, causa C-326/07, Commissione / Italia, cit.* Per un commento v. F. S. COSTANTINO, *In tema di golden share*, in *Foro it.*, 2009, IV, pp. 221 ss.; M. COLANGELO, <<Golden share>>, *diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, ivi, pp. 223 ss.; C. CASTELLANETA, *Genericità e imprecisione sui poteri dello Stato ostacolano l'arrivo degli investitori stranieri*, in *Guida al diritto*, 2009, 15, pp. 111 ss.; M. P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1119 ss.; I. DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, II, pp. 640 ss.; G. DE ROSA, *La Corte di giustizia condanna i criteri di esercizio della golden share*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 1649 ss.; B. NASCIMBENE, *Norme nazionali sulle golden shares e diritto comunitario*, in *Cor. Giur.*, 2009, 8, pp. 1017 ss.; M. SALERNO, *Sulle golden shares l'Italia è costretta ad un nuovo passo indietro: troppa discrezionalità nell'esercizio dei poteri speciali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, pp. 1358 ss.; C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Astrid rassegna* 2009, 20.10.2009 n. 101 (numero 18/2009), reperibile nel sito web http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/San-/San-Mauro-Nota_Golden_share.pdf – ultimo accesso 6 dicembre 2016; IDEM, *Recenti trasformazioni nel diritto dell'economia*, San Marino, 2010, pp. 9 ss.



indeterminata⁹: l'articolo 1, comma 1, del decreto citato, sulla scorta del quale i poteri speciali dovevano essere esercitati soltanto in conformità con il diritto comunitario, non poteva rendere l'applicazione di siffatti criteri compatibile con quest'ultimo, dato che le situazioni che consentivano di esercitare il potere di veto erano potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili e di conseguenza le autorità erano dotate di ampi poteri discrezionali¹⁰.

A seguito di tale decisione fu adottato il già citato D.P.C.M. 20 maggio 2010.

⁹ La Commissione nel suo ricorso lamentava che la normativa italiana costituiva una violazione degli articoli 43 e 56 TCE (oggi rispettivamente articoli 49 e 63 TFUE) poiché il D.P.C.M. 10 giugno 2004 non specificava in maniera adeguata i criteri di esercizio dei poteri speciali, impedendo così agli investitori di capire quando tali poteri potevano essere utilizzati.

¹⁰ V. *Corte di giustizia Ce, III Sez., 26 marzo 2009, causa C-326/07, Commissione / Italia, cit.*, punto 66.



11. Tuttavia la Corte di giustizia non si è pronunciata soltanto sulla legittimità dei poteri speciali previsti dalla legislazione italiana. Infatti in tutta Europa il perseguimento di politiche di privatizzazione ha comportato l'introduzione di forme di controlli pubblici sulle imprese che sono state in tutto o in parte trasferite ai privati.

Tali forme di controllo sono state definite nei vari paesi con nomi differenti e hanno assunto forme diverse, ma molto spesso la sostanza dei poteri previsti è analoga. La maggioranza delle legislazioni europee prevede, in deroga al diritto ordinario in materia societaria, poteri speciali a favore dello Stato che in molti casi hanno manifestato profili d'incompatibilità con i principi comunitari della libera concorrenza. La loro funzione è di impedire l'assunzione di decisioni importanti per la vita della società attraverso la previsione di una necessaria autorizzazione a operazioni straordinarie o attraverso l'esercizio di un potere di opposizione al trasferimento della proprietà.

La Commissione europea, tenendo presente tale sostanziale uniformità, nel 1997 adottò una Comunicazione per definire i confini dei poteri speciali detenuti dagli Stati membri sulle imprese nazionali¹.

Innanzitutto essa distingueva tra restrizioni discriminatorie, applicate esclusivamente agli investitori cittadini di un altro Stato membro dell'Unione Europea, e non discriminatorie, applicate invece indistintamente ai cittadini di un determinato Stato membro dell'Unione Europea e ai cittadini degli altri Stati membri.

Restrizioni discriminatorie alla libera circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento erano ritenute legittime dalla Commissione solo se necessarie per garantire la protezione dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza o di altri obiettivi previsti dal Trattato, in assenza di altre misure che consentissero di raggiungere gli stessi obiettivi in maniera meno restrittiva delle libertà in questione.

Inoltre, secondo quanto prospettato dalla Commissione, per quanto concerne le restrizioni non discriminatorie, i provvedimenti nazionali suscettibili di ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato avrebbero dovuto applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da imperiose motivazioni di pubblico interesse, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo.

La Commissione, poi, esaminava alcune forme di restrizioni esistenti negli Stati membri per valutarne la compatibilità con le disposizioni del Trattato. In particolare, essa includeva nella categoria delle restrizioni discriminatorie il divieto imposto agli investitori cittadini di un altro Stato membro di acquisire azioni con diritto di voto delle società nazionali superiore a un determinato numero o l'obbligo di chiedere un'autorizzazione per acquistare azioni oltre una certa soglia. Nella categoria delle restrizioni non discriminatorie, invece, trovavano posto le procedure di autorizzazione generale alle quali è soggetto qualsiasi investitore che intenda acquistare una partecipazione superiore a una determinata soglia in una società nazionale e il diritto, conferito alle autorità nazionali in deroga al diritto societario, di porre un veto a determinate decisioni importanti della vita della società

¹ V. *Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari* (97/C 220/06), in Gazzetta ufficiale CE n. C 220 del 19 luglio 1997, pp. 15-18, reperibile nel sito web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0719%2803%29:IT:HTML> – ultimo accesso 6 dicembre 2016. Per un commento a tale documento v. G. SCARCHILLO, *Privatizations, control devices and golden share*, cit., pp. 7 ss.; I. KUZNETSOV, *The Legality of Golden Share under EC Law*, in *Hanse Law Review*, 1, 2005, pp. 24 ss.



e quello di imporre la nomina di alcuni amministratori allo scopo di esercitare il proprio veto.

In conclusione, la Commissione riteneva incompatibili con la libera circolazione dei capitali e il diritto di stabilimento i provvedimenti discriminatori, salvo che rientrassero tra le deroghe previste dal Trattato stesso; invece essa considerava ammessi i provvedimenti non discriminatori se fondati su criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e giustificati da motivi imperiosi di interesse generale, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Tali linee-guida furono elaborate sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nel luglio 2005 poi la Commissione adottò un altro documento, allo scopo di valutare la compatibilità con l'ordinamento comunitario dei diritti speciali detenuti dagli Stati membri nelle imprese privatizzate².

Il dossier faceva propriamente una panoramica degli speciali diritti collegati a una *golden share*, poi ne definiva il contenuto, indicava i criteri per valutarne la compatibilità con le norme comunitarie e ne esaminava la presenza nei singoli Stati membri.

Il suddetto dossier definiva tali speciali diritti come quelli tipicamente previsti dagli Stati membri allo scopo di mantenere il controllo sulle imprese privatizzate e difendere le società in questione dalle scalate, per lo più provenienti da società straniere, o per evitare l'assunzione, da parte delle suddette imprese, di decisioni non in linea con la politica nazionale del settore in cui esse operano. Secondo il dossier, tali diritti speciali possono essere legati alla proprietà governativa di una singola azione speciale, a una partecipazione minoritaria, o essere esercitati anche in assenza di partecipazione al capitale delle imprese privatizzate.

Per quanto concerne il contenuto, tali diritti speciali erano identificati: innanzitutto in quei poteri di controllo dei cambiamenti di proprietà, che concretamente si traducono in autorizzazioni governative, tetto al livello di investimenti esteri o limitazioni del diritto di voto e poi nel veto sull'adozione di alcune delibere di fondamentale importanza nella vita della società a cui si accompagnano speciali diritti di nomina di una quota degli amministratori o di soggetti che ricoprono altre posizioni all'interno dell'impresa.

Il documento esaminava anche le giustificazioni addotte dagli Stati membri per la presenza dei diritti speciali nelle imprese: tra queste, evitare la scalata delle società da parte di soggetti ostili o indesiderabili, evitare la vendita di imprese di importanza strategica, garantire gli interessi generali in settori sensibili dell'economia, salvaguardare la sicurezza pubblica, la sanità, la difesa nazionale.

Erano poi elencate le possibili alternative a tali speciali diritti per raggiungere gli stessi scopi senza violare le norme del Trattato. A questo proposito si faceva riferimento alla *regulation* dell'attività delle imprese, che in certi settori rappresenta uno strumento efficace di salvaguardia dell'interesse generale e degli obiettivi di politica pubblica. Invece gli speciali diritti erano considerati oltre che come una restrizione alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento all'interno dell'Unione, anche come economicamente incidenti sul funzionamento del mercato interno. Infatti apposite ricerche hanno stabilito che speciali diritti sulle imprese possono condizionarne negativamente i risultati in termini di profitto.

² V. *Commission of the European Communities, staff working document, Special rights in privatised companies in the enlarged Union—a decade full of developments*, Bruxelles, 22 luglio 2005, reperibile nel sito web http://ec.europa.eu/internal_market/capital/docs/privcompanies_en.pdf – ultimo accesso 6 dicembre 2016.



Nondimeno nel dossier si ammetteva che il Trattato consente di derogare al divieto di ostacolare la libera circolazione dei capitali, ma le eccezioni devono essere interpretate in senso restrittivo. Infatti, come già il documento del 1997, anche in questo caso si sosteneva che le misure discriminatorie devono essere considerate incompatibili con la libera circolazione dei capitali e con la libertà di stabilimento salvo che rientrino nelle eccezioni esplicitamente previste nel Trattato mentre le misure non discriminatorie devono essere considerate ammissibili, solo se basate su criteri obiettivi e stabili, resi pubblici e giustificati da motivi fondamentali di interesse generale, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Pertanto, si affermava, gli speciali diritti, che potenzialmente possono influire sugli investimenti scoraggiando gli eventuali acquirenti, devono essere applicati con molta cautela. Il dossier precisava anche che la stessa nozione di pubblica sicurezza deve essere interpretata in senso restrittivo, cioè che tale giustificazione deve essere fondata su una seria e genuina minaccia agli interessi fondamentali della società; inoltre le misure adottate non devono eccedere ciò che è necessario per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, sicché essi devono essere compatibili con il principio di proporzionalità.

Infine in tale documento si analizzavano Stato per Stato i diritti speciali nell'ambito dell'area comunitaria; a questo proposito si evince che dal 2004, dopo un periodo di espansione, le pronunce della Corte di giustizia e l'orientamento restrittivo delle istituzioni comunitarie in genere hanno indotto un graduale ridimensionamento dei poteri speciali, presenti in quasi tutti i paesi dell'Unione Europea, che in alcuni casi si è tradotto nella loro eliminazione. Nondimeno il risultato della ricerca evidenziava ancora la presenza di forme di poteri speciali gravanti su parecchie imprese in vari paesi europei.

12. a) Tale dossier risentiva chiaramente dell'influenza delle decisioni della Corte di giustizia degli anni precedenti.

In particolare, oltre a quelle del 2000 e del 2005 nei confronti dell'Italia, le altre decisioni della Corte di giustizia, precedenti al dossier della Commissione del luglio 2005, sono state cinque: tre in data 4 giugno 2002 e due in data 13 maggio 2003, relative alla compatibilità con le norme comunitarie dei modelli francese, portoghese, belga e inglese di *golden share* utilizzati in determinate operazioni di privatizzazione e del regime di autorizzazione amministrativa previsto a favore della Spagna relativamente ad imprese privatizzate.

Per quel riguarda le prime tre, il modello francese e quello portoghese furono censurati, mentre fu ritenuto legittimo quello belga¹. Inoltre per gli ultimi due casi la Corte

¹ V. Corte di giustizia Ce, 4 giugno 2002, Commissione / Portogallo, cit.; Corte di giustizia Ce, 4 giugno 2002, Commissione / Francia, cit.; Corte di giustizia Ce, 4 giugno 2002, Commissione / Regno del Belgio, cit. Per un commento a tali decisioni v. T. BALLARINO e L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. società*, 2004, pp. 12 ss.; E. BOSCOLO, *Le "golden shares" di fronte al giudice comunitario*, in *Foro it.*, 2002, IV, pp. 480 ss.; D. CARREAU, *Privatisations et droit communautaire: la validation conditionnelle des actions spécifiques (ou <<Golden Shares>>)*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2002, pp. 1191 ss.; H. FLEISCHER, *Judgments of the Full Court of 4 June 2002*, in *Common Market Law Review*, 40, 2003, pp. 493 ss.; E. FRENI, *Golden share e principio di proporzionalità*, cit., pp. 1049 ss.; E. GIPPINI FOURNIER e J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argent du beurre. À propos des arrêts de la Cour de justice des 4 juin 2002 et 13 mai 2003 sur les <<golden shares >>*, in *Revue du droit de l'Union européenne I*, 2003, pp. 39 ss.; V. KRONENBERGER, *The rise of the 'golden' age of free movement of capital: A comment on the golden shares judgments of the Court of Justice of the European Communities*, in *European Business Organization Law Review*, 4, 2003, pp. 115 ss.; L. MARINI,



ritenne che anche i diritti connessi alla *golden share* utilizzata dal Regno Unito e il regime di autorizzazione amministrativa di cui si era servito il Regno di Spagna in rapporto ad atti di imprese privatizzate avessero violato le norme comunitarie².

A proposito del Regno del Belgio la Corte, dopo aver stabilito che la normativa istitutiva delle *golden shares* costituiva impedimento alla libera circolazione dei capitali, ricordava anche che la libera circolazione dei capitali, quale principio fondamentale del Trattato, può essere limitata da una normativa nazionale se quest'ultima sia giustificata alla luce delle previsioni dell'articolo 73 D, comma 1 (divenuto prima articolo 58, comma 1, lett. b, TCE e poi articolo 65, comma 1, lett. b, TFUE), che legittima la legislazione nazionale ad "adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza" e la normativa nazionale garantisca il conseguimento dello scopo perseguito con gli strumenti strettamente necessari a realizzare il risultato, in conformità al principio di proporzionalità.

Sulla scorta di tali osservazioni la Corte valutò la normativa contestata, istitutiva di una *golden share* accompagnata da poteri speciali nella *Société nationale de transport par canalisations* (SNTC)³ e nella *Société de distribution du gaz SA* (Distrigaz)⁴ a favore dello Stato del Belgio⁵. La Corte ritenne nel caso di specie che l'obiettivo perseguito dalla disciplina in

"Golden share" e diritto comunitario nelle recenti sentenze della Corte di giustizia, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, pp. 489 ss.; M. RICCIO, *La sproporzione delle norme rispetto all'obiettivo contrasta con la libera circolazione dei capitali*, in *Guida al diritto*, 2002, 24, pp. 101 ss.; L. SALERNO, *Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, pp. 671 ss.; F. SANTONASTASO, "La saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento, in *Giur. comm.*, 2007, I, pp. 305 ss.; E. SCHIANO, *Golden shares: Francia e Portogallo violano il Trattato CE, valida la normativa belga*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, pp. 1782 ss.; L. TALARICO, *Azienda pubblica e processi di privatizzazione*, cit., pp. 58 ss.; N. THIRION, *Golden shares, droit de sociétés et marché intérieur*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, pp. 225 ss.; S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro Amm. CDS*, 2003, pp. 2752 ss.; K. WEIL e E. LUSTIG., *Case law of the European Court of Justice on "golden shares" of Member States in privatised companies: Comment on the ECJ decisions of 4 June 2002*, in *The European Legal Forum*, 5-2002, pp. 278 ss., reperibile nel sito web <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/328.pdf> – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

² V. Corte di giustizia Ce, 13 maggio 2003, *Commissione / Regno di Spagna*, cit. e Corte di giustizia Ce, 13 maggio 2003, *Commissione / Regno Unito*, cit. In merito v. T. BALLARINO e L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, cit., pp. 23 ss.; E. GIPPINI FOURNIER e J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *Actions spécifiques dans les sociétés privatisées*, cit., pp. 39 ss.; T. FENUCCI, *Ancora una pronuncia in materia di controlli amministrativi sulle imprese pubbliche privatizzate*, in *Giur. it.*, 2004, vol. 4, pp. 702 ss.; S. GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, pp. 427 ss.; F. SANTONASTASO, "La saga" della "golden share", cit., pp. 309 ss.; N. THIRION, *Golden shares, droit de sociétés et marché intérieur*, cit., pp. 225 ss.; S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, cit., pp. 2752 ss.

³ V. art. 1, del R.D. 10 giugno 1994.

⁴ V. art. 1, del R.D. 16 giugno 1994.

⁵ In particolare, per la SNTC, si trattava della previsione di un diritto di opposizione da parte dello Stato belga a qualsiasi cessione, assegnazione a titolo di sicurezza o mutamento di destinazione delle canalizzazioni della suddetta SNTC, costituenti grandi infrastrutture di trasporto interno di prodotti energetici o utilizzabili a tale scopo e ritenute dal Ministro competente, a cui devono essere notificate in anticipo, pregiudizievoli agli interessi nazionali nel settore dell'energia (art. 3, del citato R.D. 10 giugno 1994); del diritto conferito al medesimo Ministro di nominare due rappresentanti del Governo nel consiglio di amministrazione della SNTC e di opporsi a talune decisioni di gestione ritenute contrastanti con gli orientamenti della politica energetica del paese, a seguito di segnalazione effettuata con ricorso dai rappresentanti del Governo in consiglio di amministrazione (art. 4, del citato R.D. 10 giugno 1994). Una normativa analoga era prevista per la Distrigaz (art. 3 e 4, del citato R.D. 16 giugno 1994).



questione, costituito dalla garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti di energia in caso di crisi, rientrasse nell'ambito di un legittimo interesse pubblico e costituisse legittima giustificazione alla restrizione della libera circolazione dei capitali⁶.

In maniera diversa, invece, la Corte decise nei confronti della Francia e del Portogallo (e poi, come si vedrà, in tutti gli altri casi che si sarebbero presentati negli anni a venire). Anche nel caso della Francia e del Portogallo, dopo aver constatato che la legislazione nazionale rappresentava un impedimento alla libera circolazione dei capitali, si trattava di stabilire se si era in presenza di una legittima giustificazione⁷.

Anche questa volta la Corte affermò che l'obiettivo perseguito poteva rientrare nell'ambito di un legittimo interesse pubblico. Tuttavia, nel caso della Francia, la Corte rilevò che, anche se l'obiettivo di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti di prodotti petroliferi in caso di crisi, perseguito dalla normativa controversa, rientrava nell'ambito di un legittimo interesse pubblico, i poteri speciali conferiti dalla *golden share*⁸ costituivano violazione del Trattato⁹. La violazione accertata era limitata alla restrizione della libera

⁶ La Corte, richiamando suoi precedenti, fece notare che i motivi di pubblica sicurezza possono giustificare la restrizione sia della libera circolazione dei capitali che di quella delle merci, precisando, però, che le esigenze di sicurezza pubblica non possono essere determinate unilateralmente da ciascuno Stato membro, ma possono essere invocate solo nel caso di minaccia effettiva e grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. La Corte, altresì, osservò, che nel caso di specie era stata rispettata l'autonomia di decisione dell'impresa perché i poteri di controllo consistevano in un regime di opposizione e non di autorizzazione: il controllo del Ministro incaricato dipendeva in ogni caso da un'iniziativa delle autorità governative e il diritto di opposizione poteva essere esercitato solo entro termini rigorosi e per un numero limitato di decisioni. Infine tali interventi del Ministro dovevano essere motivati e erano suscettibili di essere sottoposti a controllo giurisdizionale (*Corte di giustizia Ce, causa C-503/99*, cit., punti 49-51).

⁷ Il problema che si poneva era, pertanto, se le restrizioni alla libera circolazione dei capitali fossero davvero giustificate da uno dei motivi previsti all'art. 73 D, n. 1, del Trattato o da motivi imperativi di interesse pubblico e che si applichino ad ogni persona o impresa che eserciti un'attività sul territorio dello Stato membro ospitante; presupposto di tale giustificazione, ha ricordato la Corte richiamando suoi precedenti, è la circostanza che le norme di legge nazionali siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedano quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo, nel rispetto del criterio di proporzionalità (*Corte di giustizia Ce, 4 giugno 2002, Commissione / Francia*, cit., punto 45; *Corte di giustizia Ce, 4 giugno 2002, Commissione / Portogallo*, cit., punto 49).

⁸ In particolare le disposizioni impugnate dalla Commissione europea (contenute nel decreto 13 dicembre 1993 n. 93-1928) stabilivano che la *golden share* (prevista dall'art. 1 del decreto) a favore della Repubblica francese fosse accompagnata da poteri speciali. L'art. 2, primo comma, del suddetto decreto prevedeva che ogni superamento, da parte di una persona fisica o giuridica, che agisca da sola o di concerto, dei limiti massimi di determinazione diretta o indiretta di titoli del decimo, del quinto o del terzo del capitale o dei diritti di voto della *Société nationale Elf-Aquitaine* dovesse essere prima approvata dal Ministro dell'Economia; il secondo comma del medesimo articolo prevedeva la presenza di due rappresentanti dello Stato (uno nominato su proposta del Ministro dell'Economia e l'altro su proposta del Ministro dell'Energia) nel consiglio di amministrazione della società, senza diritto di voto; infine il terzo comma stabiliva la possibilità di proporre opposizione contro le decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia degli elementi patrimoniali presenti nell'elenco allegato al decreto (cioè della maggioranza del capitale di quattro consociate della società madre: la *Elf-Aquitaine Production*, la *Elf-Antar France*, la *Elf-Gabon SA* e la *Elf-Congo SA*).

⁹ Infatti, anche se le norme che li prevedevano non creavano una disparità di trattamento, erano comunque suscettibili di impedire l'acquisizione di azioni nelle società interessate e dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale di tali società. La preventiva autorizzazione del Ministro dell'Economia, richiesta per il superamento di determinati limiti massimi di detenzione diretta o indiretta di titoli, è stata considerata misura contraria al principio della certezza del diritto, visto che non era precisato agli investitori interessati quali fossero le circostanze in presenza delle quali avrebbe dovuto essere concessa o rifiutata l'autorizzazione in questione. Un potere discrezionale così ampio fu ritenuto gravemente pregiudizievole alla



circolazione dei capitali in quanto la disciplina controversa comportava restrizioni alla libertà di stabilimento quale conseguenza diretta degli ostacoli alla libera circolazione dei capitali e pertanto, una volta accertata quest'ultima, la Corte ritenne non necessario censurare anche la violazione alla libertà di stabilimento.

Tale schema di accertamento e censura della sola restrizione alla libera circolazione dei capitali, senza la verifica della violazione della libertà di stabilimento perché sostanzialmente superflua alla luce dell'accertata violazione della prima, si sarebbe ripetuto poi in quasi tutte le decisioni successive della Corte.

La Corte considerò contrastante con il Trattato anche la normativa portoghese¹⁰.

Le decisioni del 2003 riguardavano il Regno Unito e la Spagna.

Il primo Stato fu condannato per aver indebitamente compresso la libera circolazione di capitali sancita dal Trattato con le disposizioni che richiedevano una previa autorizzazione scritta dell'azionista speciale, rappresentato dal Segretariato di Stato per i trasporti, a un numero consistente di decisioni importanti riguardanti la società BAA¹¹.

libera circolazione dei capitali, potendo portare alla soppressione di quest'ultima; pertanto la misura in questione fu ritenuta andare manifestamente oltre quanto necessario per realizzare l'obiettivo di prevenire pregiudizi alla fornitura di prodotti petroliferi in caso di effettiva minaccia. Analoghe valutazioni di indeterminatazza furono mosse nei confronti del diritto di opposizione contro le decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia degli elementi patrimoniali di alcune società consociate di quella nei cui confronti lo Stato francese si era riservato la *golden share*; anche tale diritto di opposizione fu ritenuto eccedente rispetto all'obiettivo fatto valere dal Governo francese.

¹⁰ Le disposizioni impugnate dalla Commissione europea erano la legge 5 aprile 1990, n. 11, legge quadro sulle privatizzazioni (*Diario da Repubblica* I, serie A, n. 80, del 5 aprile 1990, p. 1664), in particolare l'art. 13, n. 3, della stessa, i decreti legge sulla privatizzazione di imprese successivamente emanati per la sua attuazione, nonché i decreti legge 15 novembre 1993, n. 380 (*Diario da Repubblica*, I, serie A, n. 267, del 15 novembre 1993, p. 6362), e 28 febbraio 1994, n. 65 (*Diario da Repubblica* I, serie A, n. 49, del 28 febbraio 1994, p. 933). Anche in questo caso era previsto un regime di autorizzazione amministrativa preventiva. La giustificazione per l'adozione di simili misure restrittive della libera circolazione dei capitali proposta dallo Stato portoghese, che si fondava sulla tutela del proprio interesse finanziario, fu ritenuta inammissibile. Pertanto l'obbligo di ottenere una previa autorizzazione da parte della Repubblica portoghese per l'acquisto di una partecipazione superiore a un certo livello in talune imprese nazionali fu ritenuto ostativo alla libera circolazione dei capitali. In particolare l'art. 13, n. 3, della L. n. 11/90 prevedeva che in caso di privatizzazione la quantità di azioni, che potevano essere acquisite o sottoscritte da società straniere o il cui capitale maggioritario era detenuto da società straniere, poteva essere limitata. Stabilito il valore massimo della loro partecipazione al capitale sociale e il tipo di controllo corrispondente a condizioni da prevedere in seguito, si stabiliva la sanzione della vendita forzata delle azioni eccedenti tali limiti, la perdita del diritto di voto conferito da tali azioni, o la nullità delle acquisizioni o sottoscrizioni. La possibilità offerta dall'art. 13, n. 3, della L. n. 11/90, era stata utilizzata in un gran numero di decreti legge di privatizzazione di imprese operanti nel settore bancario, delle assicurazioni, dell'energia e dei trasporti e in ciascun caso era prevista la partecipazione straniera massima autorizzata. L'articolo unico del D.L. n. 65 del 1994, adottato in attuazione della suddetta legge n. 11 del 1990, prevedeva che per l'applicazione del citato articolo 13, n. 3, della legge da ultimo citata, il limite di partecipazione di soggetti stranieri nel capitale delle società derivanti dal processo di riprivatizzazione era fissato al 25%, salvo che un limite superiore fosse già stato fissato dal testo normativo che ne prevedeva la riprivatizzazione. Poi l'articolo 1 del D.L. n. 380 del 1993 stabiliva che l'acquisizione inter vivos, a titolo oneroso o gratuito, da parte di un'unica persona, fisica o giuridica, di azioni societarie che rappresentano più del 10% del capitale con diritto di voto, nonché l'acquisizione di azioni che, sommate a quelle già possedute, superavano tale limite, nel caso di società destinate ad operazioni di riprivatizzazione, era soggetta a previa autorizzazione del Ministro delle Finanze.

¹¹ La *British Airports Authority*, che possedeva e gestiva sette aeroporti internazionali nel Regno Unito, fu privatizzata con l'*Airports Act* dell'8 luglio 1986. Secondo tale legge, il *Secretary of State* disponeva del potere di approvare, con o senza modifiche, lo statuto della società chiamata ad assumere le funzioni della *British*



Più articolata fu la decisione sul regime di previa autorizzazione amministrativa a favore dello Stato spagnolo nei confronti di una serie di imprese privatizzate¹².

La Corte, dopo essere pervenuta alla conclusione che la disciplina contestata rappresentava una restrizione della libera circolazione dei capitali vietata dalle norme del Trattato, come già nelle decisioni in precedenza esaminate e sulla scorta delle argomentazioni ivi svolte, si pose il problema di giustificare l'adozione di tali misure¹³.

A fronte delle obiezioni addotte a propria difesa dallo Stato spagnolo, la Corte osservò innanzitutto che il regime esaminato e ritenuto legittimo nella decisione nei confronti del Belgio non era un regime di previa autorizzazione ma di opposizione successiva e come tale di per sé meno restrittivo di quello adottato dalla Spagna; inoltre il regime di previa autorizzazione spagnolo riguardava decisioni fondamentali della vita della società, mancava di criteri oggettivi e precisi per cui esso violava il principio di proporzionalità prefigurando interventi di dimensioni non adeguate all'obiettivo invocato dal Governo spagnolo, a differenza del regime di opposizione belga, relativo a specifici atti

Airports Authority. Nel 1987 fu creata a tal fine la BAA. Un'azione speciale da una sterlina fu creata a favore del *Secretary of State for Transport*. L'art. 10 dello statuto della BAA, intitolato "L'azione speciale", prevedeva il necessario consenso scritto dell'azionista speciale, tra l'altro, per le modifiche normative volte a eliminare le norme che prevedevano i diritti speciali, la cessione dei beni appartenenti a tale società o a una qualunque delle sue controllate, la cessazione del controllo sulle sue società controllate, la sua liquidazione o scioglimento. Inoltre l'articolo 40, n. 1, del medesimo statuto prevedeva che il presente articolo fosse destinato ad impedire che un soggetto non autorizzato fosse, fosse ritenuto o apparisse agli amministratori titolare di diritti su azioni della società che conferissero o fossero suscettibili di conferire in determinate circostanze oltre il 15% dei voti esprimibili in sede di adozione di qualunque delibera nell'ambito di qualsiasi assemblea generale della società; i commi successivi del medesimo articolo descrivevano come attuare in dettaglio la norma descritta. Nel giudizio dinanzi alla Corte di giustizia il Regno Unito si difese utilizzando l'argomento che non si fosse in presenza di misure discriminatorie. Tale linea difensiva a nulla valse, visto che la Corte ricordò ancora una volta che la libera circolazione dei capitali non è rispettata solo in assenza di misure discriminatorie, e quindi in caso di non parità di trattamento tra i diversi operatori finanziari, esteri e nazionali. Infatti, secondo la Corte, costituiva restrizione alla libera circolazione dei capitali una normativa, limitativa dell'acquisto di partecipazioni, come quella prevista dall'articolo 40 dello statuto della BAA, o che comunque restringesse la possibilità di partecipare alla gestione di una società o al suo controllo, come faceva il regime di previa autorizzazione previsto dall'articolo 10 del medesimo statuto. Ciò significa che, se è vero che le restrizioni in questione erano indistintamente applicabili a investitori interni ed esteri, tuttavia esse incidono sulla situazione dell'acquirente di una partecipazione in quanto tale ed erano quindi idonee a dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'effettuare investimenti e, di conseguenza, a condizionare l'accesso al mercato. Costatata una violazione della libertà di circolazione dei capitali, la Corte ritenne non necessario esaminare le misure censurate in relazione alla libertà di stabilimento.

¹² V. *Corte di giustizia Ce*, 13 maggio 2003, *Commissione / Regno di Spagna*, cit., su cui v. anche M. CASTELLANETA, *L'intervento statale nelle attività economiche è considerato una vera e propria restrizione*, in *Guida al diritto*, 2003, 25, pp. 91 ss.

¹³ La normativa sottoposta al vaglio della Corte era costituita dalla legge n. 5/1995 e dai regi decreti nn. 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 e 929/1998, che prevedevano l'instaurazione di un regime di previa autorizzazione amministrativa da parte governativa per le decisioni delle imprese indicate in tali disposizioni riguardanti: lo scioglimento volontario, la scissione o la fusione dell'impresa; la cessione o assegnazione a titolo di garanzia dei beni patrimoniali o delle quote societarie necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale; una modifica dell'oggetto sociale; le operazioni di disposizione del capitale sociale con la riduzione della partecipazione pubblica in percentuale pari o superiore al 10 %; l'acquisizione di quote con la disponibilità di una quota pari ad almeno il 10 % del capitale sociale e la partecipazione pubblica nel capitale sociale dell'impresa ridotta di almeno il 10 % e inferiore al 50 % o ridotta a meno del 15 % del capitale sociale.



di gestione e sottoposto a precisi limiti e garanzie. Per tali motivi la Corte condannò lo Stato spagnolo ritenendo che esso fosse venuto meno agli obblighi impostigli dal Trattato.

In questa decisione la Corte affermò altresì un principio di un certo rilievo: infatti, sebbene fosse previsto un preciso limite temporale (dieci anni) all'utilizzazione del regime di previa autorizzazione amministrativa in alcune delle disposizioni esaminate, si era comunque al cospetto di un inadempimento agli obblighi previsti dal Trattato, non sanato per il fatto di essere limitato nel tempo. Ciò sembra comportare una conseguenza importante: tutti gli atti emanati dagli Stati membri che violano il Trattato, anche se adottati in via temporanea e con precisi limiti di tempo, devono essere sanzionati.

Una siffatta conclusione faceva venire meno un argomento solitamente addotto a giustificazione dei poteri speciali e di analoghi istituti, cioè la temporaneità della loro utilizzazione. Tale principio caratterizzava le *golden shares* in vari paesi europei; alla luce di questa decisione un simile argomento è diventato secondario.

b) In seguito, con decisione 28 settembre 2006, la Corte di giustizia affermò che la normativa in tema di *golden shares* a favore dello Stato dei Paesi Bassi¹⁴ su due società operanti nel campo dei servizi di telecomunicazione e nei servizi postali¹⁵ costituiva ostacolo alla libera circolazione dei capitali. Con tali *golden shares* allo Stato olandese erano stati conferiti speciali diritti di approvazione preventiva di una serie di decisioni degli organi delle due società¹⁶. Lo schema seguito dalla decisione di condanna, in estrema sintesi, si articolava in due parti: in primo luogo l'accertamento dell'esistenza di una restrizione alla libera circolazione dei capitali garantita dal Trattato e poi della mancanza di giustificazione della stessa¹⁷. La conclusione fu poi la condanna per la sola violazione della libera

¹⁴ V. Corte di giustizia Ce, I Sez., 28 settembre 2006, Commissione / Regno dei Paesi Bassi, cit. Per un commento v. O. SHAH e S. CAMPBELL, *End of the Golden Age? The European Courts Move to Promote Greater Free Movement of Capital Within the EU by Attacking "Golden Shares"*, reperibile nel sito web http://www.lv.com/upload/pubContent/_pdf/pub1971_1.pdf – ultimo accesso 6 dicembre 2016; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pp. 145 ss.; M. CAPANTINI, *Golden share a tutela del servizio universale. Una censura di tipo più procedurale che sostanziale da parte della Corte di giustizia?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, pp. 422 ss.

¹⁵ Le società in questione erano Koninklijke KPN NV per i servizi di telecomunicazione, e TNT Post Groep NV, divenuta in seguito TPG NV, per i servizi postali, nate nel 1998 dalla divisione della società per azioni Koninklijke PTT Nederland NV (derivante a sua volta dalla trasformazione, avvenuta nel 1989, dell'azienda di Stato olandese responsabile per la posta, i telegrafi e la telefonia).

¹⁶ Si trattava delle decisioni su: l'emissione di azioni della società; la limitazione o la soppressione del diritto di opzione dei possessori di azioni ordinarie; l'acquisto o la cessione, da parte della società, di azioni proprie pari a oltre l'1 % del capitale sottoscritto in azioni ordinarie; il riscatto della *golden share*; l'esercizio del diritto di voto connesso alle azioni possedute nella KPN Telecom BV e nella PTT Post Holdings BV relativamente a proposte di scioglimento, fusione o scissione, di acquisto di azioni proprie e di modifica dello statuto relativamente ai poteri dell'assemblea generale di tali società negli ambiti sopra indicati; gli investimenti comportanti una riduzione del patrimonio della società, in base al suo bilancio consolidato, al di sotto del 30 % del capitale della KPN o del 15 % del capitale della TPG; la distribuzione di dividendi mediante azioni della società e/o utilizzando le riserve; la fusione e la scissione; lo scioglimento delle società; le modifiche allo statuto sociale concernenti l'oggetto sociale, relativamente all'esercizio di concessioni o di autorizzazioni, il capitale sociale e i tipi di azioni della società, qualora si tratti di creare un nuovo tipo di azioni, cedole o altri diritti sociali sui risultati e/o sul patrimonio della società, oppure di eliminare la *golden share* o le azioni privilegiate di tipo B.

¹⁷ La Corte, sulla scorta della sua giurisprudenza precedente, stabilì che nel caso di specie le misure adottate costituivano restrizione alla libera circolazione dei capitali, visto che una serie di decisioni importanti di gestione degli organi delle due società, compresi i casi di fusione, scissione o scioglimento, richiedevano una



circolazione dei capitali, essendo la violazione alla libertà di stabilimento conseguenza della prima.

A tale pronuncia seguì la decisione 23 ottobre 2007, con cui la Corte di giustizia si occupò degli speciali diritti conferiti ad azionisti pubblici dalla legge sulla Volkswagen in Germania¹⁸.

Al giudizio della Corte per valutare la violazione della libera circolazione dei capitali furono sottoposte alcune norme della legge che nel 1960 disciplinò la trasformazione della Volkswagen da società a responsabilità limitata a S.p.a.¹⁹. La Corte di giustizia, con il suo solito schema di ragionamento, condannò la Germania poiché le misure adottate costituivano ingiustificate restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali²⁰.

approvazione preventiva da parte dello Stato olandese. Poiché, poi, essa esclude la sussistenza di ragioni giustificative per l'adozione di tali misure di restrizione, le *golden shares* dello Stato olandese furono ritenute illegittimamente ostative della libera circolazione di capitali e quindi vietate dal Trattato CE.

¹⁸ V. Corte di giustizia Ce, Gran. Sez., 23 ottobre 2007, causa C-112/05, cit. Per un commento v. G. BARZAZI, *La forza espansiva dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di golden share*, cit., 149 ss.; M. C. CASTELLANETA, *La <<blindatura>> della quota societaria restringe la libera circolazione dei capitali*, in *Guida al diritto*, 2007, 44, pp. 113 ss.; S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares*, cit., pp. 883 ss.; F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, pp. 402 ss.; F. M. MUCCIARELLI, *La sentenza "Volkswagen" e il pericolo di una "convergenza" forzata tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2009, II, pp. 273 ss.; G. C. SPATTINI, *<<Vere>> e <<false>> <<golden shares>> nella giurisprudenza comunitaria. <<La deriva sostanzialista>> della Corte di giustizia, ovvero il <<formalismo>> del principio della <<natura della cosa>>: il caso Volkswagen, e altro...*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 303 ss., specie 340 ss.; W.-G. RINGE, *Commento a Case C-112/05 Commission v. Germany*, in *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, pp. 537 ss.

¹⁹ In particolare, le disposizioni della legge sulla Volkswagen censurate erano quelle che limitavano, in deroga al diritto comune in tema di società per azioni, i diritti di voto di ogni azionista al tetto del 20% del capitale azionario della società e richiedevano una maggioranza superiore all'80% del capitale rappresentato per l'assunzione delle decisioni dell'assemblea generale, a differenza della sola maggioranza del 75 % richiesto dal diritto comune e permettevano, anche in questo caso in deroga al diritto comune, allo Stato federale e al Land della Bassa Sassonia di designare ciascuno due rappresentanti nel Consiglio di sorveglianza della società.

²⁰ La Corte precisò ancora una volta che devono essere considerate restrizioni di cui all'articolo 56, n. 1, TCE (ora articolo 63 TFUE) tutte quelle misure nazionali suscettibili di impedire o a limitare l'acquisto di azioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime. Nella decisione in questione la Corte preliminarmente rilevò che la legge sulla Volkswagen rappresentava sicuramente una "misura nazionale" proprio alla luce della circostanza che essa è una legge, sebbene riproduttiva di un accordo di natura privatistica, secondo quanto definito dalla Germania nelle sue difese. La Corte osservò poi che la legge sulla Volkswagen, nel momento in cui derogava al diritto comune, consentendo, di fatto, a un azionista con il 20% del capitale l'esercizio di un potere di veto su alcune decisioni rilevanti, come la modifica dello statuto o del capitale sociale, introduceva uno strumento che consentiva agli azionisti pubblici di garantirsi, con un investimento inferiore rispetto a quello richiesto dal diritto societario comune, una minoranza di blocco. Il combinato disposto delle due norme, introdotte con legge in deroga all'ordinario diritto societario, sulle limitazioni del diritto di voto al 20 % e sulla necessità di una maggioranza superiore all'80 % per l'adozione di una serie di delibere rilevanti per la vita della società è stato operato, secondo la Corte, per favorire l'azionista pubblico. Sebbene il diritto di esercitare tale minoranza di blocco fosse stato attribuito indistintamente ad ogni azionista detentore del 20 % del capitale sociale, in origine, al momento dell'adozione della legge, i due principali azionisti che detenevano una tale partecipazione erano lo Stato tedesco e il Land della Bassa Sassonia; da ciò la deduzione che i diritti di blocco fossero stati introdotti per favorire gli azionisti pubblici. In seguito la federazione ha alienato la sua quota ma il Land della Bassa Sassonia ha continuato a detenere la sua partecipazione azionaria, accompagnata dalla possibilità di esercitare i diritti che la legge gli ha conferito. Una tale attribuzione ad azionisti pubblici di speciali poteri in deroga all'ordinario diritto societario è stato ritenuto suscettibile di restringere la libera circolazione dei capitali. Analogamente, la Corte ha considerato suscettibile di dissuadere gli investitori diretti



La legge sulla Volkswagen fu poi modificata nel 2008, ma tali modifiche non sono state però ritenute sufficienti dalla Commissione europea, che ha quindi deciso di adire nuovamente la Corte di giustizia²¹.

c) Nel 2008 la Corte di giustizia si pronunciò di nuovo per due volte nei confronti della Spagna: con la decisione del 14 febbraio censurò per violazione alla libera circolazione dei capitali la normativa nazionale che prevedeva misure limitative dei diritti di voto connessi ad azioni detenute da enti pubblici in imprese nazionali del settore energetico²²; poi con la decisione del 17 luglio statuì che la normativa nazionale che assoggettava a una previa autorizzazione di una commissione speciale l'acquisizione di talune partecipazioni in imprese operanti nel settore dell'energia rappresentava una restrizione alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento²³.

Tra il 2010 e il 2011 furono emesse poi altre tre decisioni nei confronti del Portogallo.

Con decisione 8 luglio 2010²⁴ la Corte di giustizia adottò un'altra sentenza di condanna in tema di poteri speciali: nel caso di specie, riservando allo Stato e a altri enti pubblici alcuni diritti speciali attribuiti in relazione ad azioni privilegiate (identificate quali *golden shares*), nello statuto della società Portugal Telecom SGPS SA, il Portogallo aveva violato il Trattato, impedendo la libera circolazione dei capitali²⁵.

di altri Stati membri dall'investire nel capitale della società e quindi lesiva della libera circolazione dei capitali la norma che attribuiva allo Stato tedesco e al Land della Bassa Sassonia la facoltà di nominare due rappresentanti a testa al Consiglio di sorveglianza, in deroga al numero di tre in totale che secondo il diritto societario comune sarebbe dovuto essere loro riservato. Secondo la Corte le disposizioni in questione hanno attribuito allo Stato federale e al Land della Bassa Sassonia la possibilità di esercitare un'ingiustificata forma di influenza, maggiore rispetto a quella che sarebbe ordinariamente correlata ai loro investimenti. Respingendo le argomentazioni del Governo tedesco sul fatto che il tetto al diritto di voto e la minoranza di blocco si applicavano a qualsiasi azionista e non solo a quello pubblico e che nel complesso le deroghe al diritto comune trovavano giustificazione nella tutela dei lavoratori della società, la Corte ha accolto le richieste della Commissione.

²¹ V. Camera dei deputati, XVI Legislatura, *Dossier di documentazione A.C. 5052, La disciplina della golden share in Francia e Germania, Note informative sintetiche n. 34/I, 28 marzo 2012*, reperibile nel sito web <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/NIS16034I.htm> – ultimo accesso 6 dicembre 2016.

²² V. *Corte di giustizia Ce, III Sez., 14 febbraio 2008, causa C-274/06, Commissione / Regno di Spagna*, cit.

²³ V. *Corte di giustizia Ce, III Sez., 17 luglio 2008, causa C-207/07, Commissione / Regno di Spagna*, cit.

²⁴ V. *Corte di giustizia Ce, I Sez., 8 luglio 2010, causa C-171/08, Commissione / Portogallo*, cit.

²⁵ L'art. 15, n. 3, della legge quadro sulle privatizzazioni 5 aprile 1990 (*Diario da Repubblica*, serie I, n. 80 del 5 aprile 1990) aveva previsto la possibilità di creare, laddove richiesto da motivi di interesse nazionale, azioni privilegiate destinate a rimanere proprietà dello Stato e che, indipendentemente dal loro numero, fornivano a quest'ultimo un diritto di veto sulle modifiche statutarie e su altre decisioni specificate nello statuto. Inoltre l'art. 20, n. 1, del decreto legge 22 febbraio 1995, n. 44 in materia di privatizzazione aveva stabilito che qualora il contratto di società prevedeva l'esistenza di azioni dotate di diritti speciali, queste ultime sarebbero dovute necessariamente essere detenute in maggioranza dallo Stato o da altri azionisti pubblici. Ora, nel capitale della società Portugal Telecom erano presenti cinquecento azioni che conferivano diritti speciali e per statuto dovevano essere detenute dallo Stato o da altri enti pubblici. I diritti speciali richiedevano che: almeno un terzo del numero totale di amministratori, ivi incluso il presidente del consiglio d'amministrazione, doveva essere eletto con la maggioranza dei voti conferiti alle azioni di categoria speciale, cioè con i voti dello Stato e degli altri azionisti pubblici; tra i membri della commissione esecutiva scelta nell'ambito del consiglio d'amministrazione, una quota doveva essere eletta con la maggioranza dei voti conferiti alle azioni di categoria speciale; la nomina di almeno uno degli amministratori eletti per occuparsi di talune questioni d'amministrazione, per essere approvata, doveva ottenere la maggioranza dei voti conferiti alle azioni di categoria speciale; nessuna decisione dell'assemblea generale che avesse ad oggetto una serie di materie (la



La Corte nel suo giudizio, dopo aver respinto le contestazioni dello Stato portoghese sulla ricevibilità del ricorso della Commissione²⁶, esaminò gli argomenti delle parti²⁷. La conclusione a cui pervenne la Corte, dopo aver stabilito l'esistenza di una restrizione alla libera circolazione dei capitali e la mancanza di giustificazione per tale restrizione, fu ancora una volta una sentenza di condanna²⁸.

destinazione degli utili d'esercizio, la modifica dello statuto e gli aumenti di capitale etc.) poteva essere approvata contro la maggioranza dei voti corrispondenti alle azioni di categoria speciale.

²⁶ Lo Stato portoghese aveva chiesto preliminarmente che fosse dichiarata l'irricevibilità del ricorso sulla scorta di due motivi. Esso riteneva che la Commissione avesse fondato il proprio ricorso su semplici presunzioni, non avendo versato agli atti i documenti che concretizzavano l'inadempimento contestato (costituiti dalla normativa nazionale contestata e dallo statuto della società Portugal Telecom), e poi che il ricorso fosse parzialmente irricevibile, dato che la Commissione avrebbe esteso l'oggetto della controversia definito nella fase precontenziosa del procedimento inserendo nuovi argomenti non contenuti nel parere motivato. Sul primo motivo la Corte ritenne che, pur senza allegare i documenti oggetto di contestazione, la Commissione ne avesse illustrato il contenuto e inoltre lo stesso Governo portoghese non ne avesse contestati l'esistenza e il contenuto come descritto dalla Commissione medesima. Peraltro la veridicità degli argomenti della Commissione è stata poi verificata dalla Corte a seguito di deposito, su sua richiesta, dello statuto della società Portugal Telecom. Sul secondo motivo la Corte ritenne che la Commissione non avesse esteso o modificato l'oggetto del ricorso definito nel parere motivato; essa fece notare che, se è vero che, per giurisprudenza consolidata, l'oggetto di un ricorso per inadempimento deve essere fondato sui medesimi motivi e mezzi del parere motivato, nondimeno una simile esigenza non può richiedere una perfetta coincidenza tra l'esposizione degli addebiti nel dispositivo del parere motivato e le conclusioni del ricorso, sempre che non sia stato ampliato o modificato l'oggetto della controversia come definito nel parere motivato.

²⁷ Essa, accogliendo sostanzialmente la prospettazione della Commissione, ritenne che la creazione di azioni privilegiate fosse da imputare allo Stato portoghese, che all'epoca della suddetta creazione deteneva una partecipazione maggioritaria nel capitale sociale della società Portugal Telecom ed esercitava, di conseguenza, un controllo su quest'ultima, e non derivasse dall'ordinaria applicazione del diritto societario, poiché le azioni privilegiate previste nella società Portugal Telecom in deroga al codice portoghese delle società commerciali erano destinate a rimanere proprietà dello Stato.

²⁸ Una volta appurato che la creazione di tale categoria di azioni era da imputarsi allo Stato portoghese, ne derivava l'applicazione della normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei capitali. La Corte, proseguendo nell'analisi, ritenne che la normativa portoghese costituisse un ostacolo alla libera circolazione dei capitali. In particolare la detenzione da parte dello Stato portoghese di azioni privilegiate, conferendo a quest'ultimo un'influenza sulla gestione della società Portugal Telecom non giustificata dall'importanza della partecipazione detenuta nella società, era ritenuta dalla Corte dissuasiva degli investimenti di operatori di altri Stati membri, che non avrebbero potuto gestire controllare la società proporzionalmente al valore delle loro partecipazioni. Passando poi ad esaminare la possibile giustificazione della restrizione imposta alla libera circolazione dei capitali, la Corte, rifacendosi all'esaminata decisione del 23 ottobre 2007 di condanna della Germania e alla giurisprudenza ivi richiamata, ricordò innanzitutto che provvedimenti nazionali di limitazione della libera circolazione dei capitali possono essere giustificati dai motivi di cui all'articolo 58 TCE (ora articolo 65 TFUE) o da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che essi siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento. In concreto, però, i motivi di interesse generale fatti valere dal Portogallo, cioè la salvaguardia delle condizioni di concorrenza a cui si aggiungeva la necessità di evitare un'eventuale perturbazione del mercato dei capitali sono stati ritenuti non idonei a giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali. Al contrario, l'obiettivo di garantire la sicurezza della disponibilità della rete delle telecomunicazioni in caso di crisi, di guerra o di terrorismo può in astratto costituire un motivo di pubblica sicurezza e giustificare eventualmente un ostacolo alla libera circolazione dei capitali. In concreto però la Corte non ritenne sussistente una giustificazione fondata sulla pubblica sicurezza visto che lo Stato portoghese non precisò le ragioni per le quali esso riteneva che la detenzione da parte dello Stato di azioni privilegiate avrebbe consentito di evitare un pregiudizio ad un interesse fondamentale della società. Infatti le esigenze della pubblica sicurezza, come deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali, devono essere intese in senso restrittivo



Con decisione di pochi mesi successiva la Corte di giustizia si pronunciò nuovamente nei confronti del Portogallo, infliggendogli un'altra condanna²⁹. Nel caso di specie, con il mantenimento a favore dello Stato di diritti speciali, attribuiti in relazione ad azioni privilegiate (identificate anche qui con il termine *golden shares*), nella società *Energias de Portugal* (EDP) il Portogallo aveva violato il Trattato, impedendo la libera circolazione dei capitali. Il problema si poneva in linea di massima sempre allo stesso modo. La Corte, dopo aver rilevato che le misure adottate rappresentavano misure di restrizione alla circolazione dei capitali³⁰, ne valutò la possibile giustificazione alla luce anche della giurisprudenza elaborata nelle decisioni precedenti, concludendo per la sua mancanza e quindi per la condanna dello Stato portoghese³¹.

e la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ogni Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione europea; ciò comporta che la pubblica sicurezza può essere invocata solamente in caso di effettiva e grave minaccia a un interesse fondamentale della collettività. Per di più la formulazione generica e imprecisa dei diritti speciali legati alle azioni privilegiate è stata ritenuta dalla Corte, sempre sulla scorta della sua giurisprudenza, quale grave pregiudizio alla libera circolazione dei capitali poiché conferisce alle autorità nazionali, un potere discrezionale talmente ampio da non poter essere considerato proporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti.

²⁹ V. *Corte di giustizia Ce, I Sez., 11 novembre 2010, causa C-543/08, Commissione / Portogallo*, cit.

³⁰ La Corte concludeva affermando che i poteri speciali detenuti dallo Stato portoghese, costituiti dal diritto di veto nei confronti di talune delibere dell'assemblea generale della EDP, dall'esenzione dal limite massimo di voto del 5% a favore dello Stato portoghese e dal diritto di designare un amministratore, nel caso in cui lo Stato votasse contro la proposta che ha avuto il maggior numero di voti in sede di elezione degli amministratori, configuravano restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali. In particolare la limitazione del numero di voti di cui disponevano gli azionisti ordinari al 5% del capitale sociale della EDP, limitazione non applicabile alle azioni privilegiate detenute dallo Stato portoghese, non derivava da un'applicazione normale del diritto delle società, ma era dovuto alla normativa statale. La Corte di giustizia ritenne tali azioni idonee a dissuadere gli operatori di altri Stati membri dall'investire nel capitale della società. Poi, per quanto riguardava il diritto di veto, previsto dall'art. 13, n. 1, del decreto legge n. 141/2000, esso prevedeva che l'approvazione di un numero significativo di importanti delibere relative alla EDP fosse subordinata al consenso dello Stato portoghese. Il suddetto diritto di veto, secondo la Corte, poteva scoraggiare gli operatori di altri Stati membri dall'effettuare investimenti diretti in quest'ultima, dato che non avrebbero potuto concorrere alla gestione e al controllo di tale società in proporzione al valore delle loro partecipazioni e poteva avere un effetto dissuasivo sugli investimenti nella EDP. Anche il diritto di designare un amministratore rappresentava una restrizione alla libera circolazione dei capitali, poiché un tale diritto costituiva una deroga al diritto societario comune, previsto ad esclusivo beneficio degli operatori pubblici da una misura legislativa nazionale.

³¹ La Corte affermava che non si poteva negare che l'obiettivo invocato dalla Repubblica portoghese di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico di tale Stato membro in caso di crisi, di guerra o di terrorismo potesse costituire un motivo di pubblica sicurezza e giustificare, eventualmente, un ostacolo alla libera circolazione dei capitali. Tuttavia, richiamandosi alla giurisprudenza precedente, la Corte affermava che le esigenze di pubblica sicurezza, in quanto deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali, in genere devono essere intese in senso restrittivo e la loro portata non può essere determinata unilateralmente dallo Stato membro senza il controllo dell'Unione, sicché la pubblica sicurezza può essere invocata solo in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Nel caso di specie, poiché la Repubblica portoghese si era limitata a proclamare la necessità della sicurezza dell'approvvigionamento energetico senza precisare le ragioni esatte per cui essa riteneva che ciascuno dei diritti speciali controversi o l'insieme degli stessi consentisse di evitare un simile pregiudizio a un interesse fondamentale della società, non poteva ritenersi dimostrata una giustificazione fondata sulla sicurezza pubblica. Inoltre l'esercizio dei diritti speciali conferiti allo Stato portoghese dalla titolarità di azioni privilegiate nel capitale sociale della EDP non era subordinato ad alcuna condizione o circostanza specifica ed obiettiva, cosa che costituiva un grave pregiudizio alla libertà di circolazione dei capitali in quanto conferiva alle autorità nazionali un margine di discrezionalità talmente ampio da non potersi ritenere proporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti.



Una terza decisione di condanna nei confronti del Portogallo fu emessa nel 2011³². In questo caso lo Stato portoghese fu condannato per aver mantenuto nello statuto della società GALP Energia SGPS SA taluni diritti speciali a favore dello Stato e di altri enti pubblici, attribuiti in relazione ad azioni privilegiate (definite anche qui *golden share*)³³.

Infine con decisione 8 novembre 2012³⁴ la Corte di giustizia condannò la Grecia per un regime di autorizzazione preliminare e un dispositivo di controllo successivo gravanti su determinate imprese operanti in settori strategici³⁵.

Una novità di questa sentenza rispetto alle precedenti è che la condanna della Corte fu dovuta all'esclusiva violazione dell'articolo 43 TCE (ora articolo 49 TFUE), relativo alla libertà di stabilimento, anziché a quella dell'articolo 56 TCE (ora articolo 63 TFUE) sulla libera circolazione dei capitali o a entrambi. Per il resto, per l'ennesima volta la Corte utilizzò il suo percorso logico in due tappe: prima l'individuazione dell'esistenza di una violazione del Trattato e poi la verifica dell'inesistenza di valide giustificazioni per tale violazione³⁶.

³² V. *Corte di giustizia Ce, I Sez., 10 novembre 2011, causa C-212/09, Commissione / Portogallo*, cit.

³³ Anche in questo caso la condanna avvenne per violazione dell'articolo 56 TCE (ora articolo 63 TFUE) sulla libera circolazione dei capitali mentre i provvedimenti di restrizione della libertà di stabilimento tutelata dall'articolo 43 TCE (ora articolo 49 TFUE) furono considerati conseguenza agli ostacoli posti alla libera circolazione dei capitali. Le argomentazioni in merito alle condizioni alle quali era sottoposta la possibilità di limitare la libera circolazione dei capitali utilizzate dalla Corte nella decisione in questione si richiamavano ancora una volta alla sua giurisprudenza precedente.

³⁴ V. *Corte di giustizia Ce, IV Sez., 8 novembre 2012, causa C-244/11, Commissione / Grecia*, cit.

³⁵ L'articolo 11 della legge n. 3631/2008 disponeva che in determinate società strategiche, in posizione di monopolio presente o passata, proprietarie, sfruttatrici o gestrici di reti nazionali di infrastrutture, l'acquisizione di diritti di voto costituenti oltre il 20 % del capitale sociale totale da parte di un azionista diverso dallo Stato greco, da società associate a quest'ultimo o da parte di azionisti agenti contemporaneamente e di comune accordo, doveva essere soggetta all'autorizzazione preliminare del comitato interministeriale per la privatizzazione istituito dalla legge n. 3049/2002, conformemente alla procedura prevista da quest'ultima. Era previsto poi un altro tipo di autorizzazione, un dispositivo di controllo a posteriori. Erano soggette ad autorizzazione del Ministro delle finanze diverse delibere importanti per la vita delle società in questione, tra le quali quelle relative a scioglimento, messa in liquidazione, ristrutturazione, trasferimento, trasformazione o conversione, cessione, fornitura in garanzia, nonché trasformazione o modifica della destinazione degli elementi strategici dell'attivo delle suddette imprese. L'autorizzazione era concessa con decreto ministeriale pubblicato entro un termine di trenta giorni a decorrere dalla data di trasmissione della decisione al Ministro.

³⁶ La giustificazione addotta per le restrizioni alla libertà di stabilimento, derivanti dal regime di autorizzazione preliminare e dal dispositivo di controllo a posteriori previsti dalla legge n. 3631/2008, era quella di garantire la continuità di alcuni servizi di base e del funzionamento delle reti, considerati necessari per la vita economica e sociale del paese, in particolare l'approvvigionamento necessario del paese di energia e acqua, la fornitura di servizi di telecomunicazione, la gestione dei due maggiori porti del paese. Tuttavia tale giustificazione non è stata ritenuta valida. Per quanto riguarda il regime di autorizzazione preliminare, una misura di tal genere non è stata giudicata adeguata a conseguire l'obiettivo invocato né proporzionata rispetto a quest'ultimo. La Corte nell'affermare ciò si è richiamata alla citata decisione 26 marzo 2009, Commissione / Italia, C-326/07. Per quanto riguarda le decisioni oggetto di autorizzazione successiva, la Corte ha ritenuto che non potessero essere giustificate analogamente alla citata sentenza 4 giugno 2002, Commissione / Belgio perché siffatte decisioni non costituivano, a differenza del caso del Belgio, decisioni di gestione specifiche, bensì decisioni fondamentali nella vita di un'impresa; nell'affermare ciò la Corte si è richiamata alla citata decisione del 13 maggio 2003, Commissione / Spagna. Inoltre le circostanze nelle quali il diritto di opposizione, conseguente all'autorizzazione successiva, poteva essere esercitato erano potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili, e lasciavano alle autorità nazionali un potere discrezionale troppo ampio.



13. A questo punto dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di poteri speciali, tenendo conto anche delle riflessioni già svolte, si possono trarre alcune conclusioni.

Vi sono diversi tratti in comune nella giurisprudenza esaminata. In tutte le decisioni in questione l'analisi della Corte si svolge dapprima mediante la verifica dell'esistenza di una restrizione alla libera circolazione dei capitali e/o alla libertà di stabilimento; una volta appurato che il meccanismo adottato comporta una simile restrizione, la Corte cerca di determinare l'eventuale esistenza di cause giustificative. Tali cause giustificative possono essere fondate su un'esigenza imperativa di interesse generale o sulle deroghe espressamente previste dal Trattato legate all'esercizio dell'autorità pubblica, alla tutela della salute pubblica, dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza, che consentono agli Stati membri di emanare norme che violano le libertà e i diritti fondamentali garantiti dal Trattato. A tal proposito bisogna ricordare che, pur riconoscendo agli Stati membri la possibilità di derogare al Trattato per tutelare l'interesse generale o l'esercizio delle proprie funzioni sovrane, la Corte insiste sul fatto che queste eccezioni debbono essere coerenti con il principio di proporzionalità. Questo significa che la restrizione in questione deve costituire una misura necessaria per garantire la tutela degli obiettivi citati sopra e che non deve esserci altra misura che, pur realizzando gli stessi obiettivi, produca una minore limitazione delle libertà in questione.

Inoltre la Corte, al fine di giustificare i poteri speciali, verifica sempre che i provvedimenti nazionali, che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, soddisfino le quattro condizioni stabilite nella sentenza *Gebhard* del 30 novembre 1995¹: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e essere limitati a quanto è necessario per il raggiungimento di questo scopo.

Inoltre le condanne arrivano di solito solo per gli ostacoli posti alla libera circolazione dei capitali, poiché la restrizione della libertà di stabilimento è il più delle volte considerata conseguenza alla diretta degli ostacoli posti alla prima.

Un altro tratto comune alle decisioni analizzate è rappresentato dalla circostanza che la Corte di giustizia non si è mai pronunciata sulla legittimità dell'uso degli strumenti della *golden share*, dei poteri speciali o dei regimi di autorizzazione amministrativa in quanto tali; invece essa si è limitata ad esaminare le singole disposizioni presenti negli ordinamenti dei vari Stati membri e a giudicarne la compatibilità con il diritto comunitario in base all'applicazione che concretamente hanno ricevuto².

Un ulteriore elemento di riflessione è poi dato dalla circostanza che la Corte di giustizia persevera nell'ostilità nei confronti di una sorta di "terza strada" tra il mantenimento del totale controllo pubblico e la piena apertura alla concorrenza³; infatti stride il contrasto tra alcuni paesi europei, dove vi sono veri e propri monopoli pubblici accompagnati da una normativa protettiva nei confronti di tentativi di scalate e la chiusura

¹ V. Corte di giustizia Ce, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard* / Consiglio degli Avvocati e Procuratori di Milano, causa C-55/94, Racc. p. I-4186, punto 39.

² V. E. FRENI, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*, cit., p. 1147, che osserva che la Corte di giustizia è contraria non tanto all'adozione della *golden share* nelle privatizzazioni delle imprese operanti in settori strategici, quanto alle modalità con le quali tale strumento viene concretamente applicato.

³ In tal senso v. G. F. FERRARI, *La golden share nella governance delle imprese locali di servizi*, cit., p. 888.



sempre più rigida, se non teorica quanto meno in via di fatto, verso strumenti limitativi della concorrenza come *golden share*, poteri speciali o figure analoghe⁴. In tal modo si determina la situazione paradossale in base alla quale la protezione dei settori strategici è consentita in regime di monopolio, facendo richiamo all'articolo 345 TFUE, ex articolo 295 TCE (che, come è noto, palesa la neutralità del diritto comunitario nei confronti dei regimi proprietari degli Stati membri), mentre nei medesimi settori, in quei paesi che hanno operato maggiori privatizzazioni, non si ammettono deroghe alla piena concorrenza per la protezione dei medesimi interessi.

È pur vero che il Trattato autorizza gli Stati membri a mantenere la proprietà pubblica di talune imprese, ma, a quanto pare, uno Stato, quando decide di aprire un settore al mercato, deve rispettare i principi di trasparenza e non discriminazione sanciti nella disciplina del mercato interno comunitario. A questo proposito si è ritenuto che uno Stato, se fosse autorizzato a conservare forme speciali di controllo sulle imprese privatizzate, potrebbe eludere l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali e scoraggiare investimenti provenienti da altri Stati membri⁵.

Bisogna peraltro notare che l'introduzione di vincoli e limiti negli statuti non ha solo una valenza giuridica, ma riveste anche una grande importanza in campo economico. Infatti qualsiasi vincolo che si introduce nello statuto di una società in corso di privatizzazione, come è il caso dei poteri speciali, ha delle ricadute anche sull'appetibilità delle partecipazioni azionarie di tali società da parte di eventuali acquirenti e sul prezzo di vendita delle suddette partecipazioni⁶.

C'è poi da notare che la conservazione dei poteri speciali porta con sé il rischio di un mercato azionario in cui sia presente una divisione tra società di prima e di seconda categoria, con queste ultime gravate da vincoli statutari che causano una limitazione nella gestione e nelle operazioni realizzabili⁷.

In conclusione, forse anche sulla scorta di alcune delle considerazioni da ultimo svolte, la giurisprudenza della Corte di giustizia, a seguito dei ricorsi della Commissione, ha mantenuto una certa rigidità in tema di garanzia della libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento, censurando sistematicamente le modalità di applicazione dei poteri speciali o strumenti affini adottati dagli Stati membri. Da una parte tale rigidità potrebbe essere considerata lodevole, vista l'inevitabile alterazione delle normali dinamiche societarie prodotta dalle varie forme di poteri speciali, dall'altra, però, ci si potrebbe anche chiedere se, non essendo stata negata in astratto agli Stati la possibilità di utilizzare poteri speciali, un sano realismo non imponesse alle istituzioni comunitarie, almeno in qualche caso, di valutare con maggiore flessibilità l'esigenza concreta di difesa da parte degli Stati delle proprie società operanti in settori strategici nei confronti di scalate potenzialmente ostili e pericolose per la sicurezza nazionale provenienti da paesi esterni all'area comunitaria,

⁴ Sul punto v. M. COLANGELO, <<Golden share>>, cit., p. 225.

⁵ V. L. SCIPIONE, *L'arma della "golden share"*, cit., p. 110.

⁶ Infatti l'applicazione dei suddetti istituti potrebbe costituire un deterrente all'acquisto delle partecipazioni azionarie delle imprese da parte di investitori di altri paesi appartenenti alla Comunità europea, o anche da parte degli investitori del medesimo paese a cui appartengono le imprese controllate. In tal senso v. G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche "privatizzate"*, cit., p. 172.

⁷ V. P. CAPALDO, intervento nel seminario tenuto a Roma il 27 maggio 1994 sul tema "*Le privatizzazioni: forma di società per azioni e titolarità pubblica del capitale*", cit., p. 851.



peraltro rese più facili a causa del perdurare di una difficile situazione economica in cui, pur in presenza di segnali di ripresa, versano ancora molti paesi dell'area in questione.



RIGHT TO HEALTH IN THE BRICS' CONTEXT: DISTANCES AND PROXIMITIES

SANDRA REGINA MARTINI¹

SOMMARIO: 1. Introduction. - 2. The place of fraternity in society and health as a “bridge to citizenship” in BRICS. - 3. The summit of the BRICS: the paths to the realization of social rights. - 4. Right to Health in the BRICS. - 5. Conclusion.

1. The possibilities of building a BRICS beyond the economic sphere must retake some overlooked concepts, such as fraternity and solidarity. For this reason, as Resta have mentioned, solidarity has the capacity of approaching, while solitude only separates, divides. Health care can be an important bridge towards consolidating several other social rights. Therefore, health conceived as a good of society implicates in approximation, not in division. One opts to work with right to health while understanding that such right it is only given once its social determinants are effected and, thus, it is possible to speak in health as a bridge to citizenship or to more solidary or fraternal forms of life in a cosmopolitan society. In such a society, the countries of BRICS have many limitations (relative to the alluded social determinants), and, yet, every limitation can become a possibility. What one intends in the present article is to pursue a way to encounter, in the BRICS, embedment for fraternity, solidarity and hospitality, all which are unlikely and anachronic values and yet, precisely because of that, possible through the construction of bridges that allows the achievement the diverse social rights respecting the cultural, geographical and political differences. We believe that these distinctions, presented in the BRICS, are ones that do not move us away but, instead, brings us together. It is what we clearly observe in the accounts of the summits of the BRICS. By the end of this article, we will present, utilizing the example of the issue of HIV, how internal health policies of each country can contribute with the situation of the others.

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito/Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutorado em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce, Pós-doutorado em Direito pela Università Roma Tre (2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas pela Università di Salerno (2010). Bolsista Produtividade CNPq e Parecerista ad hoc do CNPq e INEP.



2. Something that must be realized is that the opportunity of a regular world is only possible in this very world, furthermore, each determination of world can only be perceived in society by itself. In the same way, the indetermination of world means that it can be determined always differently: historically, the world has been defined, measured, divided and appropriated. That history can be changed: we must understand society as a place to social transformation. The differences are part of this society where events occur simultaneously and are independent from individual and local desire, and yet directly influence in our daily lives. Thus, the global treats can be solved in their own space where they rise; out of it, any solution may be inadequate. We do not have any doubt of the ambivalence of life in territories that present as many differences as in the countries from BRICS, but those differences can somehow approach us. Hence, the public policy in each country and in the BRICS group should overcome this situation looking for new ways – building new bridges – where the right of health presents itself as central to the other social rights. It's not enough reaffirm the impotence of the established mechanisms; it is also necessary to transform this ambivalence into something positive. Bearing in mind that, in the evolutionary process, we unveil antique paradoxes by creating new ones, also we resolve ambivalences creating new ambivalences.

Many theories are available to the social analysis, some intend to solve humanity's issues, without realizing that, while doing so, it is also possible, considering the other side of the form, to be creating new ones. Other theoretical postures propose a revolution. The theoretical-methodological approach we follow is based on a certain anachronism because it proposes rescuing a fundamental concept of illuminist revolution, which was not appropriately discussed. Fraternity, as stated by Resta, “was hidden in the dungeons of the French Revolution”. This phenomenon has a strong justification, since discussing fraternity, from a scientific perspective, means seeing the other as “another self”. This is not an easy or comfortable posture because it is not easy to think about the necessary social transformation.

In regards to the BRICS countries, we can ask many question – which group is this? Who is on it? Who makes the rules? Who ought to fulfill this body of law? Who says what is Law? What are the limits of national health care systems? Can the right to health be a bridge to the effectivation of other social rights? These questions will be answered with other questions, and the key for these question-answer-questions can be a fraternal one that, as Resta says, is the nodal notch to a critical established citizenship and sovereignty, ie actual juridical system. Thus, fraternity has the function of constantly uncovering paradoxes, is a term that historically relates to the idea of brotherhood, the experience of being part of the sharing, identity and community. Resta, in order to makes us think about the role of science in the last few years, states that “the social sciences of the last 20 years did not do anything but strive to show the existence of non-rational components of rational action”, characterized by the combination of motives and action of their cognitive dissonance, “bounded frame of reference the ex post justifications continuum of effects and motivations, highlighting the strong disposal between action and its world of possibilities excluded, but not eliminated”. Instead, the meta-theoretical methodology used relates directly to the process of social transformation. Meta, etymologically, means transformation and succession in time. Also, theory means the action of observing. Based on the understanding that the meta-theoretical research results in the meta-theory itself, it is necessary to analyze concepts and terms that allows understanding on how the observer



is located within the observation itself: there is no separation between subject and object (thesis deeply discussed by N.L.)

Indeed, it is worth noting the close ties between legal meta-theory and legal epistemology. See, for example, that the legal epistemology builds itself as a theory that studies the application of legal and related knowledge, with the advance of the construction of a science of law, eventually specializes fields of knowledge. The production of knowledge on a particular theme enables the differentiation of thematic fields and the consequent critical production on what was produced. Therefore, this production process creates a “theory about a theory”, a “theory of legal science” or a “legal meta-theory”. These meta-theories seek to address the problems related to legal scientificity, given that legal science becomes verifiable. The differentiating factor of the meta-theory of legal epistemology is how meta-theory surpasses the epistemological processes of understanding the nature and the justification of scientific knowledge. Furthermore, a meta-theory attempts to reconstruct the scientific activity and understand what results from it. There is a close connection between what is theoretically produced and what is possible to relate and verify empirically .

Eligio Resta, affirming his theory as a meta-theory, shows the need of aggregating multiple assumptions for the analysis of social complexity. Nowadays, we see the importance of the return of Weber’s ideas. For example, when one proposes to capture the subjective meaning of social actions through an objective method, although built in a subjective manner, i.e., the Ideal Type. Resta, when proposing the meta-theory of Fraternal Law, revives several authors and theories using many conceptions of systemic theory. He also works, with Habermas’s theory, with the conceptions of psychoanalysis, philosophy, among others. From this construction/deconstruction, the main points of this meta-theory appears as: fraternity as possibility and necessity of seeing the other as another self; pacts that are established among peers in which there is no place for a sovereign; the need to overcome the dogma of state sovereignty; nonviolence and limitless inclusion, even though we often have an inclusion that is given through exclusion. Therefore, the meta-theory of Fraternal Law presents itself as anachronistic and at the same time as a bet on the process of social transformation. In this process, the right to health is an issue that transcends boundaries of all kinds because the idea of the other as a brother does not support territorial or other boundaries. To Resta, the fraternity defended at the Enlightenment Revolution remain unheard and unresolved in relation to equality and liberty and now returns linked to the idea of globalization and to the necessity of overcoming boundaries, in which the condition dependency of everything and everyone is every day more evident. Thus, while there is a growing feeling that everything could be different from what it is, little can be effectively done to make different occur. Also, there is the thought of the connection universali being able to interpret the present, since our time as stated Resta, lives a decisive re-articulation on the idea of spazi politici, and exactly why imposes a rethink of our lexical concepts such as fraternity, which remained silent for a long time, but is now presented with more force, albeit anachronistic mode.

The meta-theory of Fraternal Law presupposes the unveiling of paradoxes, i.e. How is it possible in a cosmopolitan society still have impassable borders? Are they insurmountable? What is the function of fraternity in this game? There is a lot to ponder, but it is critical to understand what Fraternal Law means, as well as its possibilities and limitations . The fraternity, long forgotten by many, is enshrined in the Universal



Declaration of Human and Citizen Rights and the International Labor Organization, and various modern constitutions. The proposal of meta-theory of Fraternal Law is to understand how the conception of Enlightenment Revolution can be implemented and analyzed in the present day, although not by its presence but by its absence. It is exactly the anachronism of fraternity, which allows the in depth analysis of the social complexity. The said theory reflects on a “meta-theoretical” proposal, which is based on the analysis of theories through themselves, where traditional overcoming between subject and object disappears, taking its place the analysis related to the social transformation process. This theoretical proposal explains itself, or becomes even more complex, through the founding conceptions of the meta-theory presented by Eligio Resta: swearing together or, as Resta says, “co-swearing”; a law free of obsession, of an identity that legitimate; pondering about the traditional concept of citizenship, founded on friendship, nonviolence and the universal inclusion in cosmopolitan society.

When dealing with health as a "bridge" for citizenship we are not ignorant of the complexity that surrounds the provision aspect of the right to health. Thus the contributions of Ferrajoli in this aspect are relevant. The author emphasizes that the right to health is expensive, but is much more valuable to the State to propitiate him than neglect it, because this neglect creates an exclusion. This is what the author says about the "complexity" of the right to health in relation to its scope: “the right to health takes shape as a typical molecular right. This includes on one side a negative right immunity, providing the prohibition of injuries: that the air and water are not polluted, that adulterated food won't be put on the market, in short that does not cause damage to health”. On the other hand, this includes a positive right, typically social, the health provision. The proposal of the Welfare State was to incorporate the social question, which caused an eminently finalistic character, offering an interventionist and promotional feature. In this case the Welfare State assumes the functions assigned directly to its main actor: the individual.

The constitutionalization of the right to health, where it occurred, was an attempt to reduce complexity, because to the extent that a right becomes positive, in theory, to comply with the social demand for complexity reduction, but when you positivize it, it will increase its complexity, because, from that, we have a range of actions that constitute an obligation for the State, and it creates a number of rights. With positivization of the right to health, as well as any other rights, we need to build a structure capable of accounting for the realization of this right and the possibility of claiming it in court. That is, it becomes even more complex. This analysis does not exclude other possibilities of observation, for example, the importance of social movements and the democratization process in countries. Although, at first, the BRICS countries were identified only by economic development and political power in their respective regions, currently, this group is in a position where maintaining economic identity is no longer sufficient, so topics like protection and realization of human rights are fundamental and should become a priority in these countries agenda. So that as Cintra suggests: “in an increasingly interdependent world, peace, prosperity and human dignity does not only depend on actions nationwide and international cooperation for development is key to the establishment of a more just and peaceful international order”. We can then ask: BRICS countries are willing to promote an agenda that establishes conditions for economic development that take into account the protection of human rights? When you look at the official meetings of this group, we can say that yes, there is a provision for this and possibly this is the differential in



relation to other groups, such as Mercosul and the European Union. Then, we will analyze the results of the meetings of the BRICS countries.

3. We will describe the summits, highlighting how these meetings "open" ways to build "bridges" to the realization of rights. The group of countries that form the BRICS, until now, had six summits. In each of these meetings the representatives of each country signed statements. It should be noted that the first summit took place in Russia on June 16, 2009; the second summit took place in Brazil, in April 15, 2010; the third summit, held in China in April 14, 2011 and featured the entry of South Africa into BRICS ; the fourth summit, which took place in India on March 29, 2012; the fifth summit, which took place in South Africa, on March 27, 2013; Finally, the sixth summit, which took case in Brazil in July 15, 2014.

At the first summit, it is clearly expressed the will of the BRICS countries to reform international financial institutions and to reflect the changes in the world economy. The main concern in 2009 was related to the situation of the world economy, already in regard to human rights, the BRICS condemns terrorism and reaffirms its commitment to increase cooperation between our countries in areas of social concern and to strengthen efforts to provide international humanitarian assistance and reduce the risk of natural disasters .The second summit, on the other hand, underlines the necessity of matching the global governance in all relevant areas of transformations without stating, however, not knowing which of these areas would be. It also reaffirm the need for a comprehensive reform of the UN, with a view to making it more effective, efficient and representative, so that it can deal with contemporary global challenges more effectively. With this, the BRICS countries underline their support for a multipolar, equitable and democratic world order based on international law, equality, mutual respect, cooperation, coordinated action and collective decision-making of all States . In addition, they claim that the global economic situation improved and attach to emerging economies an important role in the resumption of economic growth and therefore believe they can play an even larger and more active role, commit to work together with other countries to reduce imbalances in global economic development and promote social inclusion. To do so, call upon reforming the financial architecture and argue that the IMF and the World Bank urgently need to address their legitimacy deficits .

Importantly, in 2010, the BRICS statement devotes a part of the development in social context, highlighting the Millennium Declaration of the United Nations and the need to achieve the Millennium Development Goals (MDGs) . So this year, start to show more clearly the topics as development, social rights, reducing inequality, solidarity and some concrete measures such as technical cooperation and financial support, as a way of contributing to the achievement of sustainable social development, with social protection, full employment and decent work. Work policies and programs, with special attention to vulnerable groups such as the groups such as the poor, women, youth, migrants and people with disabilities . Therefore, it is from the second summit that we can start talking about an agenda of cooperation that also seeks to implement social rights. In this sense, it is also the first time that occur sectoral initiatives aimed at strengthening cooperation . The protocol signed by Brazil's Supreme Federal Court, the Russian Federation Supreme Court, the Supreme Court of India and the Supreme People's Court of China aims to establish mutual



cooperation through the exchange of information, and disclosure of activities in within their respective powers .This agreement is an important step towards cooperation on the protection of human rights, since it provides for holding conferences, seminars and other technical and academic meetings on judicial practice, human rights, the promotion of access to justice, the use of alternative dispute resolution methods, settlement and protection of minors, in addition to the rapprochement between their magistrates .

In the third summit, one realizes that the discourse aims to strengthen cooperation ties for the BRIC as a group that plays an important role on the world stage, in order to express that: “It is the strong shared desire for peace, security, development and cooperation that united the BRIC countries, with a population of about 3 billion people from different continents. The BRICS aims at contributing to the development of humanity and establishing a more just and equitable world ”. Without, however, be restricted to this group, because at the same time, claim that cooperation is inclusive, with no element of confrontation and is open to engagement and cooperation with third-countries.

Under international law, they express concern about terrorist threats and the turmoil in the Middle East, North and West Africa. Thereby reinforcing the principle that the use of force should be avoided as well, “that the independence, sovereignty, unity and territorial integrity of each nation should be respected ”. However, at no time, the statement makes explicit mention of human rights, it only mentions that they believe that growth and development are essential to fighting poverty and achieving the Millennium Development Goals and eradicating extreme poverty and hunger “is a moral imperative, social, political and economic development of humanity and one of the biggest global challenges the world faces today, especially the least developed countries in Africa and other continents” . This demonstrates that the BRICS believe in the premise that only a growing or developed country is capable of addressing issues related to human rights. By the third summit, BRICS presents for the first time, an action plan, which lays the foundation for cooperation within the countries. For the objective proposed in this paper, we present two actions: first, one linked to the field of human rights stands, out in the action plan proposed by the BRICS declaration in 2011, which is, the objective of “Implementing the Protocol intent between the Supreme Courts of the BRICS ”, signed in 2009, during the second summit.

Well, the first conference arising from this Protocol took place in March 2011 and lasted twelve days. Nevertheless, specifically regarding human rights, the schedule of activities devoted only a day in the theme, with the aim of identifying the areas in which they develop actions of human rights, as well as programs and mechanisms for information sharing and cooperation between the Supreme Courts of the BRICS. Furthermore, we intended to verify recent projects in the area of human rights . The second action concerns the right to health issue. Specifically, the year 2011 was a highlight, as is the first time that the term “public health” appears in the statements, in the following manner: “We underline our firm commitment to strengthen dialogue and cooperation in the fields of social protection, decent work, gender equality, youth and public health, including the fight against HIV / AIDS” .

With respect to the Fourth Summit, held in New Delhi, India, on March 29, 2012 , we identified that the discourse remains basically the same of 2011. Thus, it is used as given prominence to demonstrate the importance of group, in fact that these countries represent



43% of the world population. With this, reiterated the claim on the broadening of representation of these countries in global governance institutions, especially in the Security Council of the UN and the IMF. In addition reinforcing this new global scenario especially the peripheral countries, the bloc said that while the BRICS have recovered the international crisis relatively quickly, the prospects for growth around the world have been affected by market instability, especially in the euro zone .The fourth summit first considered the possibility of establishing a new Development Bank aimed at mobilizing resources for infrastructure projects and sustainable development in countries of the BRICS and other emerging economies and developing countries. Regarding the issue of human rights in International Law, countries there were concerns about the situation in Syria and call for the immediate end to all violence and human rights violations in that country, support to Afghanistan and recognition of Iran's right to peaceful use of nuclear energy and the commitment to the alleviation of the humanitarian crisis that still affects millions of people in the Horn of Africa . In terms of concrete initiatives, the fourth summit highlights the concern for the Right to Health: “Most countries of the BRICS confront many similar challenges in the field of public health, including universal access to health services, access to health Technologies, including medicines, the costs are increasing, and the rise of the costs with transmitted and non-transmitted diseases. We recommend that the meetings of Ministers of Health of BRICS, which first took place in Beijing in July 2011, are from now on, institutionalized in order to face these common challenges more efficiently in terms of cost, more equitable and sustainable way” .

The fifth summit, held in 2013 , completes the first cycle of Summits BRICS and reiterates many issues addressed in previous summits on more equitable development and a more inclusive global growth. Thereby, this statement brings numerous issues concerning the world economy, as well as a critique of political actions adopted in Europe, the USA and Japan, because of its negative side effects on other economies. On the other hand, states that the BRICS are satisfied with the finding that the establishment of a new Development Bank is feasible and viable . The instruction for a feasibility and viability study were held, had been given to the finance ministers of BRICS, as already mentioned, during the Fourth Summit, held in 2012, in the Plan of Action of New Delhi, which referred to the need for "meeting of Experts on the New Development Bank". The agreement was finally signed in 2014, with this new Development Bank for the purpose of mobilizing resources for infrastructure projects and sustainable development, either in the BRICS or other emerging economies, all in reason, mostly that these countries “continue to face significant financing constraints to address infrastructure gaps and sustainable development needs. With this in mind, we are pleased to announce the signing of the Agreement establishing the New Development Bank (NDB), with the purpose of mobilizing resources for infrastructure and sustainable development projects in BRICS and other emerging and developing economies (...)” . Still, on the issues of human rights, is expressed in the report of the fifth summit the concern over the deteriorating security and humanitarian situation in Syria and the condemnation of increased violations of human rights and international humanitarian law, as a result of continued violence. In addition, countries call upon the international community to help Israel and Palestine to work toward a two-state solution and present issues again as the commitment to Afghanistan and the nuclear issue in Iran, the concern over the deteriorating humanitarian issues in Mali,



with the ongoing instability in the Democratic Republic of Congo. Finally reaffirming the commitment to work together to achieve the millennium goals. .

Finally, with regard to the sixth summit just held in Brazil, we can say that was marked by a new way of agreement between countries institution, especially when dealing with the creation of the Development Bank of the BRICS . The unfolding of this proposal falls mainly on countries whose latent social inequalities reverberate in political and diplomatic level. One could cite the work on the development of social policies aimed at combating drugs, the reduction of gender inequalities, the smoothing of economic and social inequalities from the enforcement of human rights, whose implementation has been further complicated from the recognition of new / old rights and the consequent institutional swelling inherent to population growth and the extension of life expectancy. Such questions are very related to matters of public health policies, certainly one of the main points of progress made since the first summit.

This new perspective is critical, especially in health. We give an example to facilitate understanding. It is estimated that 46% of incidents related to people affected by tuberculosis live in countries belonging to the bloc and about 40% of the mortality from this disease occur in these countries . Unlike other countries, Brazilian policy of treating this disease allows greater control of the substances used in the treatment, as accentuates the Bulletin of the World Health Organization, since the drugs are free and treatment policy decreases the risk of incomplete treatment. However, we observe that countries like China and India, who long ignored the recommendations of international organizations, achieved a series of breakthroughs. As an example, we refer to the fact that China has deployed more than 3,000 centers for the monitoring of incidents related to tuberculosis, according to the Bulletin, and India implemented a system of electronic notification of disease that allows a greater capacity for government action and geographic visualization of the demands. Although each country has different points to be clashes, its' the whole confrontation that stands out. The Development Bank that will allow other emerging countries also receive resources, transmutes into a new possibility to foster the reduction of poverty and expand the capacity of investment in public policy, given that the "development" is not restricted to economic and structural, but advances linked to the full implementation of the rights related to social determinants. This means moving towards the realization of the rights. Furthermore, from the statements of the domes we can observe, even if narrowly, the BRICS countries are willing to commit to an agenda of human rights protection. However, the vast majority of issues relating to human rights concerns violations witnessed in countries outside the BRICS, and very little is said about the guarantee of these rights at the national level in each country.

4. There's no speaking of a "natural affinity" between the countries that composes the BRICS, but every of them have undeniable achievements in several fields – being, for instance, social or economic – that could be object of cooperation . It must be understood that each country, in its singularity, has very different and complex cultural, economic, political and religious issues. However, we identify in the right to health some issues that might, in fact, shorten the distances between local realities and fortify the effectuation of human rights through caring and attending to health that, despite presenting peculiar local questions, may overcome many differences. To speak of health implies to speak of life, and the presuppositions of life have common aspects to every country in their individual forms.



Certainly, through health – the right to health – it is possible to advance the consolidation of what has been searched since the first summit: dialog and cooperation. In this sense, there has been at least ten reunions made by the BRICS since 2006, among multiple international events or specifically organized to have a discussion, between Heads of States or Ministers of Health of each country, regarding precisely themes related to health. BRICS acknowledged, in several manifestations as a group, that cooperation might contribute to a better development and social protection for their own subject population. Right to health, in its turn, amongst social rights, gains space in the cooperation agenda of BRICS fundamentally since 2010 and, therefore, presents itself as a possibility for searching a new model of cooperation that contributes to the effectuation of human rights.

This has been materializes in a few actions, as it was stated in the records of the BRICS's Ministers of Health Reunions. An example of that is the account of the meetings occurred in Beijing, in 2011, that points towards the necessity of fortifying the political systems of health as a way to secure the social and economic developments. Furthermore, the subject has gained attention in the agenda of cooperation of the BRICS specially since the declaration of the 5th Summit of BRICS in Durban, occurred in march/2013, at South Africa, in which the countries highlighted their concerns with non-transmissible diseases and their global threat and acknowledged the necessity of more research regarding the socioeconomic determinants that cause such diseases in the states members of the BRICS. Plus, the ministers also renewed the efforts of facing the continuous challenge brought by the HIV virus. It must be noted as being relevant to this work the fact that the BRICS renewed their compromise with enforcing the international cooperation in the sector of health.

Another important aspect to be noted is the position assumed by the ministers in the defense of having a reform in WHO with the purpose of stablishing a new global health governance, stablishing new priorities and programs, as well as effectuating new managing reforms. In its turn, regarding the effective results, there is a compromise of countries with the promotion with the access to quality, effective, safe and fair priced medication and vaccines along with the compromise signed to permit the transfer of technology and capacitation of people who work in the field of health . Let's see, for example, the case of progressive expansion of HIV treatment, specially the encouragement of new antiretroviral therapies, a proposed debated in the Encounter of BRICS's ministers of Health (Beijing, 2011), representing a tendency of investments in the fields of prevention and treatment. It is estimated that the countries that belong to the bloc have invested 120% more, in comparison to the previous year, in policies related to HIV, contributing for that, only in 2011, 1,4 million people, or about 20% more , have access to the apparatus responsible for treatment and prevention. In this case, preceding the expansion of access is the expansion of financial availability and of capacity of investing. Although Brazil foments its own action in the treatment of the virus, its signature in pacts of the United Nations enrolled it to raise HIV related investments which, if properly added the other countries contributions, should totalize about 25 billion dollars until 2015, and it reveals that HIV/AIDS is more than a acknowledged problems in the current world, becoming a problem to be contained.

However, the perspectives deriving from the compromise with extension of investment does not mean an excessive weakening of public finances, if they are accompanied by a directive attaining to the simplification of the access to treatment. The formation of new agreements foreseeing the industrial production of medications related to



the struggle against HIV, adopted in 2011, represents an important example of that. The Brazilian state, while making possible the production of certain medicaments in Brazil, ends saving a substantial amount of resources that, later, can be invested in other social policies. In this specific example, Brazil saved about 650 millions of reals in buying medications related to the HIV treatment. More than that, it made possible for the movement of capital to reach about 400 million reals . In the perspective of the pacts related to the BRICS, that is important because, having in sight that it goes beyond providing a greater possibility of the population accessing its rights, such attitudes mean fortifying the internal economy of the very country, which is one of the main goals linked to the bloc.

By the other hand, it is noticeable that the agenda still lacks actions focusing the integral development of health care systems, more specifically, retrieving the focus from diseases and adopting the extended concept of health that, by its turn, demands social and economical developments. This is considered one of the main challenges of the group, in the sense that is required to public health programs focuses on the community and not only individuals, because it is a right acknowledge for all. As have sad Scaffardi, “the force with which events are occurring within the BRICS is probably the result of the approach adopted. It has not set up a radical group whose goal is to revolutionise or overturn global governance; instead a legal network has been created ”. So, “having identified a need for reform, it tackles the status quo in a gradual way and on several fronts. The process has been sketched out from a virtuous angle, although the distances to be covered to achieve progressive implementation targets remain considerable” . Furthermore, overcoming this challenge require long term actions, specially given the facing of social determinants and the necessity of intersectoral actions. In short, it is through public policies that is permitted social conditions for effecting the right to health. Such right, in its turn, runs through social determinants which facing can be boosted by a fraternity based cooperation. In this sense, we defend the necessity of fomenting the acquaintanceship considering and promoting several dimensions involving society, in which the economical cannot occupy the core of this cooperation. It is believed that the fact of health integrating the cooperation agenda of BRICS can be the link between countries through fraternity, taking seriously human rights.

5. In this article, we’ve worked with the possibility of the assumption of fraternity being a link between countries in the context of BRICS. We observe that what bonds more frequently, when it comes to a group of countries, is the economic bound; but, just as the BRICS present meaningful differences with other forms of organization, we believe that we can overcome the impositions laid by the economic system. Obviously we acknowledge the difficulties for implementing such assumption, because fraternity puts in question the form of operation of the various social systems. We also know, as says Eligio Resta, that humanity can only be threatened by humanity itself; or, if until today, we’ve worked “for War”, we can also work “for peace”. Lucia Scaffardi is right when she states that these singular “forces” acting in the development of the BRICS are forces not for war, but for peace. A more fraternal living, which certainly can be observed in the acts and actions we are promoting, and that we will promote, regarding the effectuation of the right to health. As seen, from BRICS’s summits declarations, an essentially political discourse can be identified. The countries see themselves as a group intending to contribute to the development of humanity and for the establishment of fairer, more egalitarian world. Yet,



it is possible to comprehend that the BRICS intends the establishment of a more egalitarian world in the sense that these emerging countries desire greater participation and voice in the international community. In this sense, it is clearly observed that the discourse é directly turned to the United Nations and, mainly, the reform of the UN's Security Council and the global financial architecture, when stating that these countries have contributed in a relevant way for world peace, security e stability through reinforcing multilateralism and promoting a greater democratization of international relations. In this way, the promotion of the right to health is directly linked to the promotion of the other human rights. Therefore, the same is complemented by these and vice-versa, in a way that the right to health in an intersectoral and transdisciplinary right and, so, from right to health, it's possible creating a "bridge" towards effectuating human rights.

References

- ARNAUD, Jean et al. *Encyclopedic Dictionary of theory and sociology of law*. Translation Patrice Charles, F. X Willaume. Rio De Janeiro: Renovar, 1999.
- BRASIL et al. BRICS Health Ministers' Meeting: Beijing Declaration. Beijing. Available at: <<http://www.brics.utoronto.ca/docs/110711-health.html>> Accessed on 08/12/2016.
- BRASIL et al. I BRIC Summit Joint Statement. Yekaterinburg, 2009. Available at: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas-mais-informacoes/saiba-mais-bric/documentos-emitados-pelos-chefes-de-estado-e-de-governo-pelos-chanceleres/i-bric-summit-joint-statement/>>. Accessed on: [12/07/2016].
- BRASIL et al. II Cúpula de Chefes de Estado e de Governo do BRIC - Comunicado Conjunto. Nota n. 212. Brasília, DF, 15 abr. 2010. Available at: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2010/04/15/ii-cupula-de-chefes-de-estado-e-de-governo-do-bric/>>. Accessed on: [01/08/2014].
- BRASIL et al. Nota nº 153. VI Cúpula BRICS – Declaração de Fortaleza. Available at: <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/vi-cupula-brics-declaracao-de-fortaleza>. Acesso em: Accessed on: [01/09/2014].
- BRASIL et al. Quarta cúpula dos BRICS: Nova Delhi, 29 de março de 2012 Parceria dos BRICS para a Estabilidade, Segurança e Prosperidade - Declaração de Nova Delhi. Nota n. 77. Nova Delhi, 29 mar. 2012. Available at: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/quarta-cupula-dos-brics-nova-delhi-29-de-marco-de-2012-parceria-dos-brics-para-a-estabilidade-seguranca-e-prosperidade-declaracao-de-nova-delhi/?searchterm=IV%20C%C3%BApula%20do%20BRICS>>. Accessed on: [07/08/2016].
- BRASIL et al. Terceira cúpula dos brics – declaração de sanya. Nota n. 155. Sanya, China, 14 abr. 2011. Available at: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/declaracao-de-sanya-2013-reuniao-de-lideres-do-brics-sanya-china-14-de-abril-de-2011>>. Accessed on: [06/08/2016]
- BRASIL et al. V BRICS Summit - Brics and Africa: Partnership for Development, Integration and Industrialisation. Durban, 2013. Available at: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/v-cupula-do-brics-durban-27-de-marco-de-2013-declaracao-de-ethekwini>>. Accessed on [09/08/2016].
- BRASIL et AL. VI Cúpula dos Declaração de Fortaleza. Available at:



- <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/vi-cupula-brics-declaracao-de-fortaleza>>. [Accessed at 09/08/2016].
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cortes supremas dos BRICS. 2012. Available at: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=159618>. Accessed on: [06/08/2016].
- CINTRA, Marco Antônio Macedo (Org.). *Cooperação brasileira para o desenvolvimento internacional: 2005-2009*. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Agência Brasileira de Cooperação, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria della democrazia*. v. 2, Editori Laterza: Roma- Bari, 2007.
- FORMENTI, Lígia. O Estado de São Paulo. Generic of Tenofocir will have a Brazilian version. Available at: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,generico-do-tenofocir-versao-brasileira-imp-,677615>>. Accessed on [09 set. 2014.]
- Fundação Alexandre Gusmão, Mesa-redonda: o Brasil, os BRICS e a agenda internacional / Apresentação do Embaixador José Vicente de Sá Pimentel. Brasília : FUNAG, 2012. Available at <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/OBrasileosBrics.pdf>> Accessed on [08.09.2016]
- LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Traduction Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria Della Società*. Milano: Franco Angeli, 1996, OLIVEN, Ruben. *Fronteiras, arte e pensamento na época do multiculturalismo*. Fernando Schuler e Marília de Araujo Barcellos (orgs). Porto Alegre: Sulina, 2006.
- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Available at: <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3631> ONU. 2011. Accessed on: [07/12/2016].
- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). *Os objetivos de desenvolvimento do milênio*. Brasília, DF, 2012. Available at: <<http://www.pnud.org.br/ODM.aspx>>. Accessed on: [07/12/2016].
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma – Bari: Laterza, 2002.
- RESTA, Eligio. *Routes of Identity jusphilosophical one approach*. Translation Douglas Cesar Lucas, Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.
- SCAFFARDI, Lucia. BRICS, a Multi-Centre “Legal Network”?. In: *Beijing Law Review*, 2014, v.5.
- SCAFFARDI, Lucia. *Pensare l'impossibile: BRICS, tra miraggio e realtà*. In: *BRICS: Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Tuberculosis in BRICS: challenges and opportunities for leadership within the post-2015 agenda*. Available at: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/92/6/13-133116/en/>>. Accessed on [09/09/2016].



PROFILI CIVILISTICI DELLA VIOLENZA DI GENERE TRA OBBLIGHI SOVRANAZIONALI E MODELLI ALTERNATIVI

GIOVANNI SCIANCALEPORE

Sommario: 1. La disciplina internazionale: strumenti di *soft law* e atti di natura cogente. - 2. Le politiche comunitarie e l'Ordine di Protezione Europeo. - 3. Il sistema di tutela "integrata" dell'ordinamento spagnolo. - 4. Dagli ordini di protezione ai rimedi lavoristici: l'evoluzione del modello italiano. - 5. La strategia delle azioni positive e il principio del *gender mainstreaming*.

1. Il fenomeno della violenza di genere è amaramente al centro del dibattito moderno, nazionale ed internazionale, animato dalla recrudescenza di ripetuti episodi di cronaca.

La modificazione dello *status* riservato alla donna, da soggetto privo di capacità giuridica e sottoposto alla volontà assoluta del *pater familias* ad individuo titolare di diritti e aspettative, non ne ha minimamente scalfito la portata.

La definitiva presa di coscienza della sua dimensione universale e trasversale, si è tradotta, dunque, nella reazione della Comunità internazionale tutta, che, in distinte occasioni, ha stigmatizzato le multiformi e composite manifestazioni in cui il suddetto fenomeno si articola.

Degna di menzione è la *Convenzione delle Nazioni Unite*, firmata a New York il 18 dicembre 1979, sulla «eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna», ratificata in Italia con legge 14 marzo 1985 n. 132¹.

Segue, nel 1986, la *Risoluzione ONU n. 52/1986* sulla «prevenzione dei reati e misure di giustizia penale per eliminare la violenza contro le donne».

È, tuttavia, solo a partire dagli anni novanta che gli organismi delle Nazioni Unite hanno profuso un impegno costante e crescente nell'azione di riprovazione e di condanna degli atti di violenza di genere.

Uno dei documenti più incisivi è sicuramente la *Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 Dicembre 1993², frutto di una pressione sempre crescente dei movimenti femministi e su impulso dei principi affermatasi nella Conferenza di Vienna sui diritti umani³, tenutasi nello stesso anno.

La Dichiarazione, infatti, per la prima volta, enuclea un ampio concetto di violenza di genere, definendola, all'articolo 1, «qualunque atto di violenza sessista che produca, o possa produrre, danni o sofferenze fisiche, sessuali o psicologiche, ivi compresa la

¹ In *Gazz. Uff.*, 15 aprile 1985, n. 89.

² Un General Assembly, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, 20 dicembre 1993.

³ World Conference on Human Rights, *Vienna Declaration and Programme of Action*, 25 giugno 1993.



minaccia di tali atti, la coercizione o privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che nella vita privata».

La Dichiarazione sottolinea, inoltre, la profonda interrelazione esistente tra le forme di discriminazione sessista e la violenza di genere, collocandole in un rapporto di proporzionalità diretta, rappresentando, cioè, l'una il moltiplicatore permanente dell'altra.

Nel susseguente *Programma d'Azione*, inoltre, la violenza di genere viene di fatto ricollegata a tutte le manifestazioni di molestia e sfruttamento sessuale ritenute incompatibili con la dignità e il valore della persona umana.

Il tema della violenza contro le donne è stato approfondito anche nella *Convenzione interamericana di Belém do Pará* del 1994⁴ e nella *Conferenza di Pechino* del 1995, laddove è riproposta la stessa definizione presentata nella Dichiarazione del 1993 e, identificando 12 aree prioritarie di intervento, pone, tra esse, la lotta alla violenza di genere.

La Conferenza ha sottolineato nuovamente che la violenza contro le donne si traduce sia in una violazione dei diritti umani, che in un impedimento al pieno godimento di tutti i diritti loro spettanti, stabilendo tre obiettivi strategici: implementare misure integrate per prevenire ed eliminare la violenza, studiarne le cause e le conseguenze ed, infine, assisterne le vittime.

E' del 2011 il primo rapporto della *United Nations Woman (UN Women United Nations entity for gender equality and the empowerment of women)*, agenzia dell'ONU, con lo scopo di promuovere il processo di uguaglianza ed il rafforzamento delle condizioni delle donne nel mondo.

Restringendo il campo di analisi al contesto europeo, non vi è dubbio che l'attenzione debba concentrarsi sui provvedimenti del Consiglio d'Europa, la cui *ratio essendi* consiste proprio nella costituzione di uno spazio democratico comune in Europa, nel rispetto e mediante l'attuazione della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU).

Gli atti di maggior rilievo emanati dal Consiglio d'Europa sono: la *Raccomandazione Rec (2002) 5* del Consiglio dei Ministri agli Stati Membri sulla protezione delle donne dalla violenza, adottata il 30 aprile 2002 e la *Convenzione di Istanbul* sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica.

L'uno, tipico provvedimento di *soft law*, dalla portata meramente "persuasiva", l'altro, viceversa, dalla natura sostanzialmente cogente.

La *Raccomandazione Rec (2002) 5* rappresenta il primo strumento internazionale che ha proposto una strategia globale per prevenire la violenza e proteggerne le vittime e, tutt'ora, costituisce una delle misure legislative nodali, a livello europeo, nella lotta al fenomeno.

Nell'allegato alla Raccomandazione, dopo aver definito la violenza contro le donne come «qualsiasi azione di violenza fondata sull'appartenenza sessuale che comporta o potrebbe comportare per le donne che ne sono bersaglio danni o sofferenze di natura fisica, sessuale o psicologica», al punto 2, il Consiglio d'Europa afferma che «è responsabilità ed interesse degli Stati, che dovranno farne una priorità delle loro politiche nazionali, garantire alle donne il diritto di non subire alcuna violenza di qualsiasi natura e chiunque ne sia l'autore».

⁴ *Inter-American Convention on the prevention, punishment and eradication of violence against woman, "Convention of Belém do Pará"*, 9 giugno 1994.



In seguito, la Raccomandazione invita, pertanto, gli Stati ad adottare o sviluppare politiche nazionali di lotta contro la violenza (punto 3), istituire strutture o organi che a livello centrale, e, se possibile, interconnesse alle autorità locali, mettere in atto misure di contrasto ai fenomeni di violenza di genere (punto 4) e sviluppare la ricerca e raccolta di dati, creando una rete a livello nazionale e sovranazionale (punto 5).

La Raccomandazione è stata preceduta da una lunga fase di monitoraggio delle cause e delle forme in cui il fenomeno si articola, dalla quale sono emersi i due principali caratteri: l'universalità e l'indole multiforme⁵.

Lungi dal tradursi in una problematica afferente solo ad alcuni ambiti sociali o culturali, come l'appartenenza a certe minoranze o a determinati ceti sociali, la violenza di genere interessa, simmetricamente, tutte le classi sociali e le persone di qualsiasi età, formazione professionale, etnia, religione.

Si potrebbe parlare di una sorta di "neutralità" del fenomeno, volendo sottolineare come i fattori richiamati possano costituire terreno fertile per il suo sviluppo, o ancora, per giustificarne le sue manifestazioni, ma non ne rappresentano, certamente, gli elementi fondanti, i quali, evidentemente, vanno ricercati in ragioni prettamente sociologiche⁶.

Quanto alle modalità di espressione, la violenza può assumere diverse forme: fisica, verbale, sessuale, psicologica e morale, tanto che sul piano definitorio la Raccomandazione predilige un'accezione ampia e suscettibile di un'interpretazione estensiva, analogica ed in chiave evolutiva⁷.

L'impatto della Raccomandazione, nel suo valore di impulso e a carattere prevalentemente sollecitatorio, ha determinato più che tangibili risultati sul piano delle

⁵ In tal senso, A. ANSELMO, *Strumenti legali europei e degli Stati Membri per la prevenzione e repressione della violenza contro le donne e la violenza domestica*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2012, 3, 70.

⁶ È, in altri termini, a queste ultime che occorre guardare per rintracciare la causa del fenomeno e la sua estesa recrudescenza. Ovviamente, situazioni di miseria, degrado, scarsa scolarizzazione possono costituire un incentivo, ma la fonte prima non può che ricondursi alla generale e radicata condizione di disparità sociale tra uomini e donne e alla conseguente considerazione del carattere di subalternità del genere femminile. *Contra C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, La medición de la violencia contra la mujer en el ámbito europeo*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2010, 531 ss., secondo cui, invece, il fenomeno è espressione della violenza che caratterizza una certa società, con la conseguenza che più è elevato il livello di criminalità che colpisce un certo contesto sociale, più è alto il tasso di violenza di genere.

⁷ Secondo la Raccomandazione, la violenza contro le donne consiste in «qualsiasi azione di violenza fondata sull'appartenenza sessuale che comporta o potrebbe comportare per le donne che ne sono bersaglio danni o sofferenze di natura fisica, sessuale o psicologica, ivi compresa la minaccia di mettere in atto simili azioni, la costrizione, la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che in quella privata. Questa definizione si applica, ma non è circoscritta, alle azioni seguenti: a) la violenza perpetrata all'interno della famiglia o delle mura domestiche ed in particolare le aggressioni di natura fisica o psichica, gli abusi di tipo emotivo o psicologico, lo stupro o l'abuso sessuale, l'incesto, lo stupro fra coniugi, partner abituali, partner occasionali o conviventi, i crimini commessi in nome dell'onore, la mutilazione degli organi genitali o sessuali femminili, così come le altre pratiche tradizionali dannose per le donne, quali i matrimoni forzati. b) la violenza perpetrata dalla comunità in generale ed in particolare lo stupro, gli abusi, le molestie sessuali e le intimidazioni sul luogo di lavoro, nelle istituzioni o in altri luoghi, la tratta delle donne a fini di sfruttamento sessuale. c) la violenza perpetrata o tollerata dallo Stato o dagli agenti della forza pubblica. d) la violenza dei diritti fondamentali delle donne in situazioni di conflitto armato, in particolare la presa di ostaggi, la deportazione, lo stupro sistematico, la schiavitù sessuale, la gravidanza forzata e la tratta ai fini di sfruttamento sessuale ed economico». Per il testo integrale della Raccomandazione si veda www.italgiure.giustizia.it.



legislazioni nazionali degli Stati membri, un effetto di *influence* di natura culturale, capace di condizionare le successive scelte politiche in ambito internazionale.

La *Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica*, adottata ad Istanbul l'11 maggio 2011 dal Consiglio d'Europa, ne costituisce il frutto: trattasi, infatti, del primo strumento internazionale dall'efficacia vincolante, volto a creare un quadro normativo completo nella lotta alla violenza di genere.

La Convenzione, aperta anche all'adesione dei Paesi non membri⁸, estende ed integra le norme e le direttive previste da altre organizzazioni per i diritti umani, introducendo altresì nuovi strumenti in grado di consolidare l'azione di contrasto alla violenza contro le donne.

Ma vi è di più, la stessa opera un recepimento dei principi elaborati sul tema dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui decisioni sono state il frutto di un'interpretazione in chiave evolutiva degli artt. 2, 3 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali⁹. Basata sulla *Prevention, Protection and Prosecution*, quali «tre principali momenti costitutivi dell'architettura garantistica¹⁰», rappresenta il livello più avanzato dello standard internazionale di prevenzione e contrasto alla *violence against woman*.

Sulla scia della *Raccomandazione Rec (2005) 5*, riconosce la violenza di genere quale estrinsecazione dello stato di disuguaglianza tra sessi e la natura sostanzialmente «strutturale» della stessa, basata sulla radicata e storica concezione dell'inferiorità della donna nei confronti dell'uomo¹¹.

Dopo un'elencazione delle plurime e sfaccettate manifestazioni del fenomeno, che vanno dalle molestie sessuali, ai delitti d'onore e alla violenza domestica che ne costituisce, ad oggi, l'espressione più ricorrente, la Convenzione individua una metodologia di contrasto dalle diverse finalità.

In altri termini, la presa di coscienza dell'inadeguatezza delle sole strategie tradizionali di matrice punitiva, *id est* la previsione di fattispecie penali¹², ha spinto verso

⁸ La Convenzione è aperta alla firma degli Stati membri, degli Stati non membri che hanno partecipato alla sua elaborazione (Canada, Giappone, Messico, Santa Sede, Stati Uniti) e dell'Unione Europea; è inoltre aperta all'adesione da parte degli altri Stati non membri del Consiglio d'Europa.

⁹ Tra i vari precedenti, si segnala il caso *Opuz c. Turchia*, 9 giugno 2009, causa n. 33401/02, nel quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in un'ipotesi di violenza domestica continuata, perpetrata ai danni della ricorrente, Nahide Opuz, da parte del marito, ha ritenuto lo Stato della Turchia responsabile per violazione degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti), 14 (divieto di discriminazione). In particolare, la Corte di Strasburgo, nella sua pronuncia ha sottolineato, ai fini del rispetto dei citati articoli, la necessità dell'attuazione delle *azioni positive*. Trattasi di provvedimenti, non necessariamente tipizzati, mediante i quali le autorità competenti mirano a scongiurare il ripetersi degli atti violenti lesivi dell'incolumità fisica e morale della vittima. Sul caso si veda C. DANISI, *Diritto alla vita, "crimini d'onore" e violenza domestica: il caso Opuz c. Turchia*, in *Fam. e Dir.*, 2010, 4, 329 ss. Sulle *azioni positive* cfr. § 5.

¹⁰ In tal senso, G. BELLANTONI, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, 648.

¹¹ Sulla modificazione di tipo "formale" del rapporto tra coniugi e sui caratteri strutturali della violenza di genere nei contesti familiari cfr. R. SENIGAGLIA, *La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare* in *Riv. Dir. Priv.*, 2015, 1, 111 ss.

¹² L'anticipazione della soglia del "penalmente perseguibile" non può, nel nostro ordinamento, stante l'operatività del principio di legalità e dei suoi corollari, spingersi al di là del tentativo di reato. I meri atti preparatori che non si traducano cioè in «atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un reato», *ex*



l'adozione di misure alternative e sinergiche, volte alla predisposizione di una tutela più effettiva, che non si traduca esclusivamente in politiche repressive.

Le azioni contemplate possono essere ricondotte a scopi di *prevenzione* e di *protezione* e ad attività di *monitoraggio* ed *integrazione*¹³.

La “prevenzione” del fenomeno non può che attuarsi sul terreno dell’educazione culturale, attraverso una metodica volta ad abbattere gli stereotipi basati sulla discriminazione di genere. Trattasi, senza dubbio alcuno, dell’obiettivo più ambizioso, la cui parziale realizzazione riuscirebbe a ridurre in maniera sensibile la casistica dei reati riconducibili alla violenza contro le donne. Particolari resistenze si riscontrano nelle situazioni in cui gli episodi di abuso vengono percepiti dalla comunità di appartenenza come frutto di consuetudini sociali¹⁴ o vengono giustificati da codici di condotta basati su desueti e brutali stereotipi culturali¹⁵.

Le finalità protezionistiche vanno dalla formazione professionale, all’assistenza sanitaria e legale e si compendiano di tutte le attività di supporto alle vittime di abusi.

Particolare attenzione è riservata agli *obblighi generali di protezione* per l’attuazione dei quali devono intervenire meccanismi di cooperazione (attività di integrazione) tra tutti gli organi competenti ovvero le autorità giudiziarie, le organizzazioni, anche non governative e,

art. 56 c.p., non sono perseguibili. Spesso, tuttavia, nella tipologia dei “reati di genere”, la risposta sanzionatoria alla commissione del fatto-reato non costituisce un effettivo ristoro per la vittima e non è in grado di cancellare gli effetti materiali e psicologici che ne derivano.

¹³ Così A. ANSELMO, cit., 72.

¹⁴ Si allude al fenomeno delle “pratiche interculturali”, quali le spose bambine, le mutilazioni genitali femminili, la gravidanza forzata, gli aborti selettivi *etc.*

¹⁵ Il riferimento è ai così detti “reati culturalmente orientati”, ossia legati a una particolare cultura o concezione religiosa, i cui autori ritengono che i motivi del loro agire *contra legem* debbano essere valutati alla stregua del proprio credo religioso e quindi “scriminati” in relazione ad un’esimente religiosa ovvero ad una *cultural defence*. In tali ipotesi, l’invocato multiculturalismo si pone apertamente in contrasto con i principi del diritto penale moderno, producendo un’attitudine alla soggettivazione della responsabilità penale. L’approccio dottrinale nel conflitto tra norme penali e norme culturali si bipartisce in due modelli principali: uno, di tipo *assimilazionista*, richiede una completa integrazione dello straniero nella tradizione nazionale dello Stato che lo accoglie, con relativa soggezione alle regole di diritto del proprio sistema penale; l’altro, di tipo *integrazioneista - multiculturalista*, più sensibile alle specificità culturali e identitarie, giustifica condotte penalmente rilevanti ma culturalmente orientate mediante le ordinarie scriminanti del consenso dell’avente diritto e dell’esercizio di un diritto, o, attraverso l’operare delle cause di non punibilità per mancanza dell’elemento soggettivo. Anche la prospettiva più “multiculturale,” di accettazione delle diversità, non può, tuttavia, non porre dei limiti al riconoscimento della liceità di alcune condotte soprattutto laddove si tratti di interferire con la tutela dei diritti umani fondamentali, dalla quale non deve certamente prescindersi. In altri termini, la provenienza etnica non può essere strumento per garantire *ex post* l’impunità né, tantomeno, il riconoscimento della diversità culturale deve essere utilizzato quale attenuazione del giudizio di disvalore nei confronti della violazione dei diritti fondamentali delle donne. Sul tema si considerino F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1, 149 ss.; ID, *Immigrazione e “reati culturalmente motivati”. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 41 ss.; A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010, 3 ss.; F. PARISI, *Cultura dell’altro e diritto penale*, Torino, 2010, 33 ss.; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 4, 1029 ss.; E. D’IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell’errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l’errore determinato da “fattori culturali” come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3711 ss.; G. CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza delle cultural defences*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2015, pp.1-52.



in generale, tutti i soggetti competenti in materia. È, infatti, solo mediante un approccio integrato che si realizza la finalità di protezione e supporto delle destinatarie degli illeciti.

Occorrono, in altri termini, servizi di supporto generali indirizzati non solo a fornire un sostegno psicologico ma anche materiale che si traduca cioè in un'assistenza finanziaria, logistica, medica e lavorativa.

In particolare, l'art. 25, per le vittime di violenza sessuale, indica la creazione di centri di prima assistenza adeguati, facilmente accessibili, che possano proporre una strategia personalizzata nell'ottica di un livello concreto di tutela. Quest'ultima previsione, in uno con l'istituzione di osservatori permanenti, capaci di raccogliere dati e formulare statistiche soddisfa l'esigenza di monitoraggio del fenomeno.

Le disposizioni della Convenzione sono rese maggiormente effettive dalla introduzione, sul piano rimediabile, di un'azione risarcitoria di ampia portata.

Ed infatti, gli artt. 29 e 30 impegnano le parti ad adottare ogni misura diretta «a fornire alle vittime adeguati risarcimenti civili nei confronti delle autorità statali che abbiano mancato al loro dovere di adottare le necessarie misure di prevenzione o di protezione nell'ambito delle loro competenze»; a «garantire che le vittime abbiano il diritto di richiedere un risarcimento agli autori di qualsiasi reato previsto dalla presente Convenzione»; nonché ad accordare «un adeguato risarcimento da parte dello Stato a coloro che abbiano subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute, se la riparazione del danno non è garantita da altre fonti, in particolare dall'autore del reato, da un'assicurazione o dai servizi medici e sociali finanziati dallo Stato». In questa ultima ipotesi, lo Stato potrà poi richiedere all'autore del reato il rimborso del risarcimento concesso, a condizione che la sicurezza della vittima sia pienamente presa in considerazione.

Dall'interpretazione del testo emergono, quindi, tre distinte obbligazioni risarcitorie per: una *responsabilità diretta dello Stato* che non abbia adempiuto agli obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione; una *responsabilità diretta dell'autore del reato*; ed infine, una *responsabilità indiretta e sussidiaria dello Stato*, nel caso in cui il risarcimento per danni gravi all'integrità fisica o alla salute non possa essere garantito da altre fonti.

2. Sebbene il principio della parità di genere ed il divieto di discriminazioni sessiste siano riconosciuti quali valori fondamentali nell'ambito dell'Unione Europea e, quindi, previsti sia dall'art. 2 del Trattato UE¹, che dagli artt. 21² e 23³ della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, va immediatamente sottolineato come il riparto di

¹ Questa la previsione: «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

² «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

³ «La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato».



competenze tra UE e Stati membri non abbia consentito la creazione di una disciplina organica contro gli atti di violenza di genere⁴.

Occorre, infatti, ricordare che il Trattato di Lisbona opera una precisa suddivisione tra le aree di competenza e regola altresì le modalità in cui questa va esercitata, individuando competenze *esclusive* (art. 3 TFUE), *concorrenti* (art. 4 TFUE), *di sostegno* (art. 5 TFUE) nonché *specifiche* in determinati settori (quali il coordinamento delle politiche economiche e occupazionali).

L'articolato sistema obbedisce poi al *principio di attribuzione* – l'UE dispone solo delle competenze attribuite dai Trattati –, al *principio di proporzionalità* – le azioni devono limitarsi a quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo da realizzarsi – ed infine a quello *di sussidiarietà* per il quale, laddove ci si trovi di fronte a competenze concorrenti, intanto è consentito l'intervento dell'UE, in quanto quest'ultima sia capace di assicurare un risultato più efficace rispetto all'azione dei singoli Stati membri⁵.

Secondo l'ordito di competenze e principi che le stesse regolano⁶, accade quindi che, se talune azioni di contrasto alla violenza di genere rientrino nella competenza specifica dell'UE, altre, siano affidate alla discrezionalità o alla competenza esclusiva degli Stati membri (si pensi alla legislazione penale). Manca, quindi, la possibilità di far riferimento ad una disciplina organica ed integrale che possa orientare le decisioni in un contesto europeo.

Viceversa, risulta feconda la produzione di pareri, raccomandazioni e risoluzioni nonché di direttive, limitatamente a specifiche materie o a certi settori, quali l'ambito lavorativo, retributivo etc.

In siffatto contesto, degna di nota è la direttiva 2011/99/UE, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 11 febbraio 2015 n. 9, che ha, mediante lo strumento dell'ordine di protezione europeo (O. P. E.), realizzato un rafforzamento della tutela delle vittime di reati – in special modo di genere – nel caso in cui queste siano costrette o, desiderino, trasferirsi fuori dal territorio nazionale⁷. Trattasi di un meccanismo di mutuo

⁴ Nel senso indicato v. A. ANSELMO, cit., 75.

⁵ Art. 5 TUE: «1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di *sussidiarietà* e *proporzionalità*. 2. In virtù del principio di *attribuzione*, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati, per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene, soltanto se e in quanto, gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. 4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

⁶ Innumerevoli i contributi in materia, *ex multis* R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 3, 217 ss.; S. MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, ivi, 2011, 2, 377 ss.; L. S. ROSSI, *L'Unione Europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona*, ivi, 2013, 4, 749 ss.; M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, 761 ss.

⁷ Sul tema si prendano in considerazione M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Hwwww.penalecontemporaneo.it*, n. 3/4, 2012; A. A. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, in



riconoscimento delle misure di protezione, previste dalle autorità nazionali, che stabilisce l'estensione di alcuni provvedimenti preventivi al di là del confine dello Stato emittente e all'interno dello Stato membro che ne riconosca l'efficacia.

L'O. P. E., elaborato in attuazione della previsione del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, di cui all'art. 82, par. 1, TFUE⁸, è finalizzato a garantire l'ultra territorialità di un apparato di difesa, diretto a tutelare la vita, l'integrità fisica e psichica e, soprattutto, la libertà di movimento delle vittime di taluni reati.

Tramite la sua introduzione, si attua un «sistema di traslazione⁹» delle misure di protezione, cioè di quelle decisioni che impongono alla persona, potenzialmente fonte di pericolo specifici, veti o restrizioni¹⁰.

Il decreto legislativo n. 9/2015 le ha individuate esclusivamente¹¹ nell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 *bis* c. p. p.) e nel divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282 *ter* c. p.p.)¹².

Completa la disciplina dell'O. P. E., il Regolamento 2013/606/UE¹³ che disciplina la materia dei provvedimenti emessi in materia civile, come ad esempio, l'ordine di protezione contro gli abusi familiari *ex* artt. 342 bis e ss.

Giur. cost., 2011, 3, 2163; M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 914.

⁸ Art. 82, §.1, TFUE: «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83H. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni».

⁹ La felice espressione è di L. CAMALDO, *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, 16.

¹⁰ L'art. 2, co. 1, lett. b, del d.lgs. n. 9/2015 definisce la misura di protezione: «una decisione adottata in materia penale da un organo giurisdizionale o da altra diversa autorità competente, che si caratterizzi per autonomia, imparzialità e indipendenza, con la quale vengono applicati divieti o restrizioni finalizzati a tutelare la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale della persona protetta».

¹¹ La scelta di riservare l'O. P. E. solo a queste due misure cautelari è stata sottoposta a serrata critica, ben potendo il governo selezionare un numero più ampio di provvedimenti, quali la sorveglianza speciale, l'ammonizione del questore nonché l'affidamento in prova ai servizi sociali. In tal senso, P. PERINI, *Entrato in vigore l'ordine di protezione europeo: per le vittime una tutela senza confini*, in *Fam. e dir.*, 2015, 5, 522 ss.

¹² Il d.lgs. n. 9/2015 si suddivide in cinque capi: il primo (artt. 1-3) contiene le disposizioni generali; il secondo (artt. 4-6) afferisce al procedimento per l'emissione dell'ordine da parte dell'autorità giudiziaria italiana; il terzo (artt. 7-10) detta la disciplina del riconoscimento di un ordine di protezione emesso da un paese estero; il quarto e il quinto, infine, riguardano l'uno la validità e l'efficacia del provvedimento, l'altro, le disposizioni finali. L'unica modifica che il decreto opera, è quella di cui all'art. 282 *quater*, co. 2, c. p. p., con riguardo all'obbligo di comunicazione ai sensi del quale la persona offesa, con la stessa comunicazione dell'emissione di uno dei provvedimenti di cui agli artt. 282 *bis* e *ter* c. p. p., viene messa al corrente della possibilità di ottenere anche l'emissione di un O. P. E. Per un commento al recepimento della direttiva e alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 9/2015, si veda I. MARCELLI, *L'Italia recepisce la direttiva sull'ordine di protezione europeo*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 1.

¹³ Più nel dettaglio, trattasi del Regolamento (Ue) n. 606/2013 del Parlamento europeo del 12 giugno 2013, relativo al reciproco riconoscimento delle misure di protezione in materia civile, in *Gazz. uff. UE*, 29 giugno 2013.



L'aver voluto introdurre un atto distinto per regolamentare i profili civilistici di uno stesso fenomeno, risponde alla scelta di campo, espressamente dichiarata¹⁴, dell'Unione Europea di rispettare le difformi e variegate tradizioni giuridiche degli Stati membri, senza creare eccessive interferenze con i rispettivi sistemi ordinamentali.

¹⁴Il riferimento è al n. 8 dei “considerando,” secondo cui: « La presente direttiva tiene conto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri nonché del fatto che si possa fornire una protezione efficace mediante ordini di protezione emessi da un'autorità diversa dal giudice penale. La presente direttiva non istituisce l'obbligo di modificare i sistemi nazionali per l'adozione di misure di protezione, né l'obbligo di introdurre o modificare un sistema penale per l'esecuzione di un ordine di protezione europeo».



3. All'avanguardia, rispetto ai *trends* evolutivi dei sistemi occidentali nel contrasto al fenomeno della violenza di genere, è l'ordinamento spagnolo che, già da tempo, rispetto alle recenti sollecitazioni comunitarie e internazionali, nel 2004, ha emanato la *Ley Orgánica* del 28 dicembre n.1 sui “*Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”, la quale rappresenta, nel panorama europeo, il primo modello normativo di riferimento sul tema¹. In realtà, la stessa *Ley Orgánica* del 2004, non costituisce una novità assoluta, in quanto sia a livello statale², che locale, è possibile rintracciare interventi legislativi anticipatori, di un certo rilievo³.

Nel dettaglio, meritano di essere segnalate le leggi regionali di alcune Comunità Autonome, le quali, nell'ambito delle proprie competenze, di livello decentrato, in materie come la sanità, l'istruzione, l'assistenza, la sicurezza, hanno previsto un sistema di tutele della donna nei confronti di atti di violenza endofamiliare e non solo, mediante l'introduzione di misure di prevenzione e sostegno ed attraverso efficaci campagne di sensibilizzazione.

Prima tra tutte, e ancora in vigore, è la legge 5 maggio 2001 n. 5 della Comunidad Autonoma di Castilla La Mancha “*de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas*”. Dell'otto aprile 2003, la legge “*de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género*” della Comunidad Autonoma de Canarias, ha il merito di aver istituito il “*sistema canario de intervención integral contra la violencia hacia las mujeres*”, laddove è dettata una normativa destinata prevalentemente all'organizzazione di strutture socio-sanitarie con il coinvolgimento delle associazioni di volontariato, per l'erogazione di prestazioni di carattere sociale, educativo e di supporto alle vittime della violenza.

Diversa dalle altre, perché più completa e puntuale, la legge 1 aprile 2004 n.1 della Comunidad Autonoma de Cantabria; essa disciplina la “*prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas*”.

Il testo normativo dopo aver definito il concetto di violenza di genere attraverso il richiamo alle diverse tipologie in cui si articola, prevede vari titoli, tra i quali, gli ultimi, dalle previsioni particolarmente innovative, istituiscono attività di carattere preventivo e assistenziale.

I principi e le azioni di contrasto di tutti i provvedimenti menzionati sono confluiti nella *Ley Orgánica* 1/2004, il cui indiscusso pregio⁴ consiste nell'aver, per prima, adoperato un approccio multidisciplinare ed integrato⁵.

Benché il tema, data la stretta relazione con la commissione di condotte *contra ius*, sia stato lungamente considerato di esclusivo appannaggio della materia penalistica, tanto da

¹ Per il testo integrale della legge si veda *www.boe.es*. (Agencia Estatal boletín oficial de Estado).

² La *Ley Orgánica* del 2004 è stata preceduta da due provvedimenti significativi: l'uno del 29 settembre 2003 n. 11 sui “*medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*”; l'altro, del 25 novembre 2003 n. 15, di modifica della legge n. 27 del 31 luglio 2003 sulla “*protección de las víctimas de la violencia doméstica*”.

³ Cfr. S. MANZIN, *Violenza di genere e tribunali speciali di “genere”(femminile) – Breve nota sull'esperienza spagnola, tra norme regionali e legge statale*, in *www.federalismi.it*.

⁴ Così S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La violencia di genere nel decreto legislativo n. 80/2015: un primo commento con riferimento ai precedenti della disciplina spagnola*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2015, 4/5, 840 ss.

⁵ Per un commento alla legge si veda A.A.V.V., in *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* in *www.poderjudicial.es*.



poter dire che «la fattispecie di *femminicidio* parla spagnolo⁶», dalla lettura delle disposizioni della legge emerge distintamente il mutamento di prospettiva che caratterizza la normativa in oggetto, volta alla predisposizione di una tutela di tipo marcatamente preventivo, oltre che repressivo – sanzionatorio.

Ciò non significa che sul versante del diritto penale, la *Ley Orgánica* del 2004 non abbia operato alcun cambiamento; anzi diversi sono stati i piani di intervento nell’ottica di una maggiore severità nel trattamento dei reati già previsti (mediante un sistema di aggravanti), della criminalizzazione di ulteriori condotte, dei provvedimenti provvisori e, infine, nell’aver adottato, nella perseguibilità del fatto-reato, criteri molto vicini alle così dette *no-drop policies*⁷.

In verità, quanto alla violenza domestica, considerata una delle più tipiche espressioni della violenza di genere, è stata la legge n. 14 del 9 giugno 1999 a introdurre il reato di violenza domestica abituale che all’art. 173 del *código penal* definisce autore chi compie «in modo abituale degli atti di violenza fisica o psicologica» ai danni del coniuge, dell’ex coniuge o di qualsiasi altra persona con la quale l’aggressore ha o ha avuto un’analoga relazione affettiva. Per la *Ley Organica* 1/2004, il legame tra coniugi (o altra relazione affettiva assimilabile) costituisce una circostanza aggravante dei reati contro la persona che determina un rilevante aumento di pena.

L’aver poi configurato le fattispecie penali della violenza domestica e di genere quali delitti pubblici, la cui perseguibilità non è condizionata ai *desiderata* della vittima, rende più semplice ottenere la condanna degli autori, senza interruzioni processuali dovute a ritrattazioni o a rifiuti di deporre⁸.

Particolarmente efficaci sono quei provvedimenti sia di carattere penale, che civile, che le vittime di violenza di genere possono invocare nel caso in cui si sentano minacciate nella propria libertà e nella propria integrità psico-fisica.

Il riferimento è alle misure di protezione, introdotte già con la *ley* n. 27 del 31 luglio 2003 sulla “*protección de las víctimas de la violencia doméstica*”, la cui atipicità di contenuto soddisfa l’esigenza di una tutela effettiva e differenziata in relazione alle peculiarità del caso concreto⁹.

⁶ S. BONINI, *Sulla tutela penale di vittime fragili. Questioni sospese in materia di atti persecutori e di femminicidio (dopo il d.l. 93/2013). A margine, un’apertura della Cassazione in tema di mobbing e lesioni personali*, in *Indice pen.*, 2014, 691.

⁷ Cfr. nota 29.

⁸ In relazione alle scelte politico-criminali compiute dai diversi ordinamenti per contrastare il fenomeno della violenza di genere si sono registrate due opposte tendenze: la prima che accorda preferenza alla ‘*victim choice*’ e la seconda che si basa sulle così dette ‘*no drop policies*’. Nel primo caso, si attribuisce rilevanza massima alla volontà di chi ha subito la condotta violenta, subordinando la perseguibilità del fatto-reato alla sua denuncia, e, quindi, condizionando sia l’inizio che la prosecuzione del processo (la querela può sempre essere ritirata). Il secondo caso è quello della perseguibilità d’ufficio, nella convinzione che l’approccio *pro victim choice* possa esporre la donna alla manipolazione d’altri, il suo stesso aggressore o qualche familiare. Questa seconda opzione, ovviamente, mira a risolvere una serie di significative difficoltà alle quali sono esposti gli operatori giuridici per ottenere la condanna dell’imputato, quali le frequenti ritrattazioni o i rifiuti a deporre. Sul tema cfr. ERIN L. HAN, *Mandatory Arrest and No Drop Policies: Victim Empowerment in Domestic Violence Cases*, in 23 *B. C. Third World L. J.*, 159, (2003). Nell’ordinamento spagnolo cfr. M. DEL PILAR MARTÍN RIOS, *Il fenomeno della violenza domestica e della violenza di genere in Spagna: analisi di alcuni aspetti del suo trattamento processuale*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. VI, 1, 2012, 5 ss.

⁹ In verità, già il codice penale del 1995, all’art. 48, individua pene dal contenuto interdittivo/prescrittivo. Sul tema E. M. SOUTO GARCÍA, *La prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como pena privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995*, in *Rivista de derecho penal y criminología*, 2013, 173 ss.



Se i provvedimenti aventi efficacia penale possono essere adottati anche d'ufficio, quelli di carattere civile devono essere, invece, richiesti espressamente e presentano il contenuto più vario: dalla richiesta di affidamento dei minori, nell'ipotesi in cui si tratti di violenza domestica, al riconoscimento alla vittima dell'uso dell'abitazione familiare. Di solito, hanno un'efficacia temporale limitata prolungabile a discrezione dell'organo giudicante in rapporto alle caratteristiche ed alla gravità dell'ipotesi di reato ricorrente.

Sul presupposto che la qualificazione di condotte di violenza di genere quali *nuovi reati* e l'inserimento di *aggravanti* nei casi sussumibili a tale tipologia di delitti non risulti sufficiente a contrastare il fenomeno, il legislatore spagnolo ha dedicato una serie di provvedimenti all'ambito lavorativo, istituzionale e ai diritti "economici" delle donne oggetto di violenza.

In altri termini, la consapevolezza della inidoneità della sola funzione punitiva, la cui efficacia *ex post* risulta non sempre risolutiva¹⁰, ha spinto verso l'adozione di ulteriori misure che possano concretamente porre la vittima al riparo dalle violenze.

La legge, in maniera innovativa, introduce il diritto di colei che si trovi a subire atti di violenza o molestie a ridurre, modificare o sospendere il contratto di lavoro. In particolare, offre a chi patisca questa condizione un congedo della durata di tre mesi, prorogabili a seconda delle esigenze, fino ad un massimo di diciotto mesi, con un provvedimento motivato del giudice e nell'ipotesi in cui il programma di protezione richieda un periodo più lungo di quello inizialmente preventivato.

In corrispondenza, allo scopo di mitigare gli eventuali effetti negativi del congedo sull'organizzazione imprenditoriale, è consentito al datore di lavoro di sostituire la lavoratrice assente con un altro dipendente assunto con contratto a tempo determinato.

Le imprese che formalizzino tali tipologie di contratti interinali "di supplenza" possono beneficiare di consistenti sgravi contributivi.

Si stabiliscono, inoltre, norme per il necessario coordinamento con i servizi di pubblico impiego, per facilitare l'assunzione di donne che, a causa della violenza subita, siano state, addirittura, obbligate a cambiare il luogo di lavoro ed, eventualmente, di residenza.

A coloro che non hanno un reddito personale e che rischiano, per età e formazione, di non trovare una diversa collocazione sul mercato del lavoro, la *Ley Orgánica* 1/2004 garantisce un minimo di autonomia finanziaria: l'attribuzione di un aiuto economico corrispondente a sei volte l'ammontare mensile dell'indennità di disoccupazione che coincide con una certa percentuale del salario minimo professionale¹¹.

In tale ottica, la menzionata legge 1/2004 assicura anche alle vittime di violenza la priorità assoluta per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare.

¹⁰ Spesso, infatti, trattasi di condotte reiterate che si traducono nel compimento di reati permanenti ed abituali, peraltro in rapporti endo-familiari o in relazioni tra *partner*. Si pensi al reato di *stalking* in cui la condanna dell'autore del fatto illecito può non essere sufficiente - *ex se* - a determinare la cessazione della condotta criminosa.

¹¹ In argomento, J. P. ARAMENDI SÁNCHEZ, *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, in *Revista de derecho social*, 2005, 30, 55 ss.; A. LÓPEZ - QUINONES GARCÍA, *La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo in La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, R. Quesada Segura (dir.), Granada, 2009, 177 ss.



A completare il quadro normativo, nell'intento di garantire maggiore effettività all'impianto della legge, è l'introduzione del *Juzgado sobre la violencia de genero*, ovvero di un tribunale con competenza esclusiva ad istituire e decidere le cause per omicidi, lesioni, violazioni della libertà, sessualità e integrità morale e di ogni altro reato che comporti violenza o intimidazione nei confronti di una persona che ha o ha avuto una relazione di coniugio o genericamente sentimentale con l'aggressore¹².

I componenti le corti si caratterizzano per una specifica formazione professionale e costituiscono collegi dalla competenza territoriale differenziata rispetto a quella dei tribunali penali ordinari.

Trattasi di ben quattrocento corti di primo grado nonché di un ingente numero di uffici della procura e organi di secondo grado.

La creazione dei tribunali speciali, in uno con le norme che dispongono le aggravanti "di genere", rappresentano gli aspetti più controversi della celebrata legislazione, tanto da far parlare di possibili ipotesi di "discriminazione alla rovescia", per il trattamento *riservato* (tribunali di genere) e troppo *affittivo* (efficacia sanzionatoria) della tipologia di reati ad esse riconducibili¹³.

4. L'organicità e la completezza della *Ley Orgánica 1/2004*, con particolare riferimento alle misure di protezione, fanno della legislazione spagnola il paradigma di riferimento della maggior parte dei paesi europei¹⁴, Italia compresa. Anche il nostro ordinamento, infatti, non ha potuto esimersi dal predisporre una normativa di contrasto al fenomeno della violenza di genere, vuoi per l'emergenza sociale che, ormai, lo caratterizza, vuoi in ottemperanza agli obblighi che l'adesione alla Convenzione di Istanbul comporta.

Occorre, tuttavia, immediatamente, sottolineare come, a differenza della Spagna, la quale vanta un disegno organico e multidisciplinare sul tema, in Italia, le azioni a tutela della violenza di genere siano state introdotte da diversi provvedimenti legislativi, i quali, tra l'altro, non risultano dettati dalla finalità esclusiva di contrasto al suddetto fenomeno.

Ne deriva, pertanto, una certa difficoltà per l'interprete che voglia approfondirne gli aspetti, anche a fini comparatistici, e ricostruire il tessuto normativo di cui la materia si compone.

¹² Art. 44 della *ley*, rubricato *Competencia*.

¹³ La tematica si intreccia con la tesi delle azioni positive e delle politiche antidiscriminatorie. Sul punto si veda più diffusamente il § 5.

¹⁴ In Francia, del 10 luglio 2010 è la *loi* n. 769, *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*. Il provvedimento che reca modifiche al codice civile, al codice penale e al codice di procedura penale, prevede un rafforzamento delle misure di protezione delle donne vittime di violenza all'interno di una relazione di coppia ed un inasprimento delle misure repressive nei confronti degli autori delle violenze. Tra le misure più significative, figura l'*ordonnance de protection* che può essere emanata dal giudice competente per le questioni familiari (*juge aux affaires familiales*) ai fini di tutelare una persona vittima di violenze commesse all'interno di una relazione di coppia da un *ex* coniuge, un *ex* partner o un *ex* convivente. L'*ordonnance de qua* può essere emanata d'urgenza nel caso in cui il giudice valuti una situazione di pericolosità per la parte offesa o per uno dei suoi figli e può prevedere, in particolare, il divieto per la persona ritenuta responsabile di atti violenti di incontrare determinate persone, il divieto per la stessa di detenere armi, l'assegnazione della residenza nella casa familiare alla parte offesa e ancora, l'obbligo per la parte ritenuta responsabile delle violenze di contribuire alle spese familiari. Per il testo integrale del provvedimento [Hwww.legifrance.gouv.fr/H](http://www.legifrance.gouv.fr/H).



Sicuramente, in ambito civilistico, il primo *step* è rappresentato dall'introduzione nel codice civile e nel codice di procedura civile, rispettivamente, degli articoli 342 *bis* e *ter* c. c., e 736 *bis* c. p. c., ad opera della legge 4 aprile 2001 n. 154.

Trattasi degli obblighi di protezione contro gli abusi familiari¹⁵ che prevedono la facoltà per il giudice di disporre una serie di provvedimenti dal contenuto cautelare, di cui all'art. 343 *ter*, quando «la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente¹⁶».

L'ipotesi è circoscritta, dunque, ai rapporti *endo* o *para* – familiari, dato che la tipologia di *relatio* presa in considerazione riguarda il coniugio o la convivenza. Trattasi di un'accezione “estesa” che equipara il rapporto istituzionalizzato a quello di fatto¹⁷, ma che resta confinata, comunque, ai requisiti indicati.

Sul versante dei presupposti oggettivi, nel definire la condotta, il legislatore ha optato per la realizzazione di un illecito dal contenuto atipico, ricomprendendo nella nozione di «abuso» ogni tipo di comportamento lesivo che possa causare un «grave pregiudizio»; adattandosi, il concetto, perfettamente, alle molteplici forme in cui la violenza può manifestarsi. “Abuso familiare” può essere considerato, dunque, un fatto

¹⁵ In argomento, *ex multis* F. AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in *Fam. dir.*, 2003, 294 ss.; L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, *ivi*, 2004, 387 ss., nota a Trib. Genova, 7 gennaio 2003; L. CIARONI, *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, in *Giur. mer.*, 2006, 1840 ss.; C. ABATANGELO, *Commento agli articoli 342 bis – 342 ter c.c.*, in A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008, 797 ss.

¹⁶ Art. 342 *bis*: «Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, [qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio,] su istanza di parte [H736 *bis* ss. c.p.c.], può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo H342 *ter*». Art. 342 *ter*: « Con il decreto di cui all'articolo H342 *bis* il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro. Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati; il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione[2009; 545 cpc] allo stesso spettante. Con il medesimo decreto il giudice, nei casi di cui ai precedenti commi, stabilisce la durata dell'ordine di protezione, che decorre dal giorno dell'avvenuta esecuzione dello stesso. Questa non può essere superiore a sei mesi e può essere prorogata, su istanza di parte, soltanto se ricorrano gravi motivi per il tempo strettamente necessario. Con il medesimo decreto il giudice determina le modalità di attuazione. Ove sorgano difficoltà o contestazioni in ordine all'esecuzione, lo stesso giudice provvede con decreto ad emanare i provvedimenti più opportuni per l'attuazione, ivi compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario».

¹⁷ Il secondo caso di applicabilità è per i conviventi ovvero: «quei soggetti legati tra loro da un vincolo affettivo e solidaristico che si concreta in una relazione dotata di stabilità e durevolezza tali da conferire all'unione di fatto un determinato grado di certezza». In tal senso, A. G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, in S. Patti (a cura di), *Fam.*, 92.



che, contestualmente, integri gli estremi di una fattispecie penalmente rilevante o un atto di violenza che si arresti sulla soglia della responsabilità aquiliana.

Parallelamente all'atipicità della condotta, l'evento, quale «grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà», presenta, nei suoi tratti definitivi, un contenuto *aperto*, riferendosi anche alle lesioni della capacità di autodeterminarsi che non sfocino nella compromissione dell'incolumità fisica, come ad esempio gli atti denigratori o umilianti¹⁸.

Alla *voluntas legis* di configurare una fattispecie in grado di contrastare qualsiasi forma di aggressione, fa, tuttavia, da contraltare il carattere della «gravità» del pregiudizio, sintagma con il quale si intende far riferimento all'entità *non comune* del pregiudizio, cioè tale da determinare una lesione alla persona o un *vulnus* alla sua dignità¹⁹. Deve cioè trattarsi di lesioni (*lato sensu* considerate) di un certo rilievo, la cui entità, va valutata, caso per caso, sulla base di un'analisi affidata al prudente apprezzamento dell'autorità giudiziaria.

L'art. 342 *ter* c.c. indica tassativamente il contenuto degli ordini di protezione²⁰ che è tipico, e può essere graduato in relazione al livello di tutela occorrente per reprimere l'abuso e, in special modo, prevenirne la reiterazione.

Sono, sostanzialmente, provvedimenti di carattere personale (cessazione della condotta, allontanamento dalla casa familiare, intervento dei servizi sociali etc.) o patrimoniale (ordine di pagamento di un assegno periodico) ma si ritiene, secondo la lettura del disposto, che siano tra loro cumulabili.

Sebbene si tratti di misure dall'efficacia civilistica²¹, la sanzione prevista per la loro inosservanza rileva sul piano penale, con l'applicazione dell'art. 388, primo e ultimo comma del codice penale, così come prescritto dall'art. 6 della legge n. 154/2001.

¹⁸ Cfr. G. GLIATTA, *Il fenomeno dei maltrattamenti in famiglia e verso le donne tra legislazione penale e rimedi civilistici*, in *Resp. civ.*, 2009, 6 ss.

¹⁹ « Il presupposto per la concessione dell'ordine di allontanamento, nell'ambito degli *ordini di protezione* previsti dagli art. 342 bis e 342 *ter* c.c., non è la condotta in sé del convivente nei cui confronti si richiedono le misure di protezione, bensì l'esistenza di un pregiudizio grave all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà, patito da un familiare convivente, imputabile in termini causali alla condotta dell'altro (nel caso di specie, è stata negata la concessione della misura richiesta sul duplice presupposto della mancanza: a) di fatti violenti, dai quali siano derivate non insignificanti lesioni alla persona di uno dei soggetti protetti, ovvero di una situazione di conflittualità tale da poter prevedibilmente dare adito al rischio concreto ed attuale per uno dei familiari conviventi di subire violenze gravi dagli altri; b) di un "vulnus" alla dignità dell'individuo di entità non comune, in relazione alla particolare delicatezza dei profili della dignità stessa concretamente incisi, ovvero per le modalità forti dell'offesa arrecata e per la ripetitività o la prolungata durata nel tempo della sofferenza patita dall'offeso)»: Trib. Bari, 28 luglio 2004, in *Corr. mer.*, 2005, 3, 275, con nota di F. AGNINO, *Ordini di protezione e presupposti di applicabilità*. Si vedano, altresì, Trib. Firenze, 15 luglio 2002; Trib. Firenze, 24 maggio 2002 e Trib. Bari, 11 dicembre 2001: tutte in *Foro it.*, 2003, 948 ss., con nota di I. MARIANI MAZZOTTA; Trib. Bari, 20 dicembre 2001, *Foro it.*, Rep., 2002, voce *Famiglia in genere ed abusi familiari*, n. 38, e, per esteso in *Famiglia e dir.*, 2002, 397, con nota di C. PETITTI; Trib. Taranto, 1 dicembre 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *cit.*, n. 31, e, per esteso in *Famiglia e dir.*, 2002, 627 con nota di G. DE MARZO.

²⁰ Cfr. nota 45.

²¹ In verità, sulla natura delle misure sono sorti alcuni dubbi. Infatti, per la temporaneità che le caratterizza, per l'articolato procedimento (che ricalca in alcune linee lo schema dei procedimenti cautelari, per il richiamo espresso al procedimento ex art. 737 c.p.c. (in quanto compatibile), nonché per la necessità del grave pregiudizio e la cognizione sommaria, anche nel contraddittorio, sembrano potersi iscrivere nella categoria dei provvedimenti cautelari, ma, a differenza di questi ultimi, sono svincolati da una funzione prodromica rispetto alla cognizione piena. Non essendo, cioè, strumentali rispetto all'accertamento del diritto a cognizione piena,



Fuori dalle ipotesi degli ordini di protezione, l'estensione delle azioni di contrasto alla violenza sulle donne, dall'ambito domestico-familiare, al contesto sociale in cui vive, si è avuto, in tempi relativamente recenti e, come precisato, su sollecitazioni di carattere sovranazionale.

Solo nel 2013, infatti, il legislatore ha emanato il d.l. 14 agosto, n. 93, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto alla violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province", convertito in legge con provvedimento del 25 ottobre 2013, n. 119.

Il termine "femminicidio", inelegante neologismo con cui ci si riferisce alla disciplina menzionata, sottolinea, tuttavia, le finalità precipuamente repressive che la caratterizzano, volte ad innovare ed aggravare non solo l'omicidio di genere, ma altri istituti, quali i maltrattamenti in famiglia, i reati sessuali, le minacce e lo *stalking*.

Il nucleo fondamentale della legge è costituito, quindi, dalla modificazione *in pejus* delle conseguenze afflittive derivanti dalla commissione di fattispecie penalmente rilevanti, nonché dalla introduzione di nuove ipotesi di reato²².

Bisogna attendere il 2015, per l'introduzione di misure ulteriori che possano, sul modello della legislazione spagnola, garantire una particolare protezione alle vittime di violenza.

Il riferimento è all'art. 24 del d.lgs. n. 80/2015, frutto dell'esercizio della delega prevista dall'art. 1, comma 8, l. n. 183/2014²³, in materia di congedo per le donne colpite da atti di violenza.

Per la prima volta in Italia una norma "lavoristica" fa riferimento al tema della violenza di genere²⁴. L'iniziativa, benché tardiva rispetto ad altre realtà ordinamentali²⁵, va salutata con estremo favore in quanto recepisce le istanze di quanti sottolineano da anni

mancano di uno dei presupposti essenziali che caratterizza la funzione cautelare. Potrebbero, allora essere inclusi tra quei provvedimenti sommari-esecutivi, dotati, appunto, di efficacia esecutiva, ma privi di qualsiasi idoneità a dettare una disciplina del rapporto controverso. Sul tema A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 734.

²² Vasta la letteratura sul tema. Appare imprescindibile il riferimento a: G. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2013, 12, 4314 ss.; B. GIUSEPPE, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013* in *Dir. pen e proc.*, 2014, 6, 641 ss.; F. MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, *ivi*, 2014, 12 ss.; L. PISTORELLI, *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto alla violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province)*, in *www.penalecontemporaneo.it*; P. PITTARO, *La legge sul femminicidio, le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Famiglia e dir.*, 2014, 7, 715 ss.; M. BERTOLINO, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1710 ss.

²³ Secondo cui allo scopo di garantire adeguato sostegno alle cure parentali, attraverso misure volte a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro per la generalità dei lavoratori, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto, per i profili di rispettiva competenza, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», in particolare relativo «all'introduzione di congedi dedicati alle donne inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere debitamente certificati dai servizi sociali del comune di residenza.

²⁴ In argomento, S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La violenza di genere nel decreto legislativo n. 80/2015: un primo commento con riferimento ai precedenti della disciplina spagnola*, cit.

²⁵ Il riferimento è alla Spagna, la cui *Ley Ogánica* del 2004 prevede diversi provvedimenti in materia. Cfr. § 3.



come il fenomeno non possa essere osteggiato solo mediante scelte legislative ispirate ad una politica di criminalizzazione di tipo retributivo.

Purtroppo, l'entusiasmo iniziale è temperato dall'esito dell'esame dell'impianto normativo che, in particolar modo nell'impatto con il tessuto sociale su cui si trova ad operare, appare decisamente fragile e poco efficace²⁶.

A cominciare dall'*incipit*: la rubrica, che si riferisce ad un «congedo per le donne vittime di violenza di genere», risulta in parte fuorviante: il dettato normativo che sembra abbracciare la generalità dei casi, in realtà, si traduce in una previsione diretta esclusivamente alle lavoratrici dipendenti pubbliche o private, inserite nei percorsi di protezione, certificati dai servizi sociali del comune di residenza o dai centri anti violenza o dalle case rifugio. Restano fuori da ogni copertura economica il lavoro domestico, nonché le lavoratrici titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa per le quali si prevede solo la «sospensione del rapporto». In tali ultime ipotesi, manca ogni riferimento ad un'eventuale prestazione di tipo assistenziale o, in alternativa, la possibilità di una copertura previdenziale.

Il congedo può inoltre avere una durata massima di tre mesi: un arco temporale assai ridotto, senza la facoltà di estenderne l'efficacia ad un ulteriore periodo tempo, con la sola possibilità della fruizione su base oraria «consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadri - settimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo²⁷».

Tale aspetto appare mutuato dalla legislazione spagnola del 2004 che, tuttavia, come già sottolineato, consente alle vittime di violenza di genere di usufruire del congedo per un periodo decisamente maggiore²⁸.

Altro istituto introdotto è il diritto al *part-time*, ovvero «la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale», con facoltà di rientro a tempo pieno «a richiesta della lavoratrice».

Il diritto *de quo* è condizionato alla disponibilità su pianta organica di posti di lavoro in regime di *part-time*, circostanza che, a ben guardare, può vanificarne la portata. Sarebbe stato preferibile cercare di contemperare il diritto della lavoratrice con quello del datore di lavoro, piuttosto che inserire una disposizione capace, in definitiva, di subordinare la conversione in lavoro a tempo parziale alla discrezionalità quasi assoluta del datore di lavoro.

Va poi registrata una distonia legislativa, tra il decreto legislativo n. 80/2015 ed il n. 81/2015, laddove mentre nel primo si parla di tipologie *verticale* ed *orizzontale* del lavoro a tempo parziale, il secondo non le contempla più, azzerandone, evidentemente, i tratti differenziali.

Accanto al congedo e al *part-time*, recentemente, la l. 7 agosto 2015, n. 124, ha previsto per le dipendenti vittime di violenza di genere, inserite in specifici percorsi di protezione, la possibilità di presentare domanda di trasferimento ad altra pubblica amministrazione, ubicata in un comune diverso da quello di residenza, previa comunicazione all'amministrazione di appartenenza²⁹.

²⁶ In tal senso A. ZILLI, *Il (diritto del) lavoro per il contrasto alla violenza di genere*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 4, 333 ss.

²⁷ Art. 24, comma 5, d.lgs. n. 80/2015.

²⁸ Cfr. § 4.

²⁹ Art. 14, comma 6, l. 124/2015.



Il trasferimento è, con tutta evidenza, un'ipotesi di mobilità individuale alla quale ricorrere nelle situazioni in cui sia necessario, come *extrema ratio*, un cambiamento radicale delle abitudini di vita della vittima.

Gli istituti elencati, all'apparenza idonei ad introdurre misure alternative all'esigenza di colpire l'*offender*, nell'ottica rimediale di tutela della persona offesa, si risolvono, purtroppo, sul piano applicativo, in previsioni scarsamente adeguate.

Troppi sono i punti deboli che ne riducono operativamente la portata.

Per cominciare, tutti espongono la "denunciante" alla totale mancanza di riservatezza sul luogo di lavoro, essendo l'inserimento nei percorsi di protezione la condizione per accedervi, se sol si considera, tra l'altro, che coloro che trovano il coraggio di presentare querela, rappresentano la minima parte delle vittime di reati di genere.

I congedi, stabiliti per un periodo irrisorio, sono di fatto, stante la congiuntura economica, scarsamente fruibili e, in particolar modo, ridotti dalla paura di perdere il posto di lavoro.

L'accesso al *part-time*, risulta subordinato al potere discrezionale del datore di lavoro; il trasferimento, infine, alla vacanza dei posti corrispondenti alla qualifica professionale.

Per quanto concerne poi la categoria a cui i provvedimenti si riferiscono, risultano assistite solo le dipendenti pubbliche, le quali, paradossalmente, si trovano, almeno, inserite in un contesto lavorativo solido e protetto, a differenza delle lavoratrici precarie e a tempo determinato.

Fermo, quindi, il *favor* con cui vanno salutate le disposizioni in materia, non resta che confidare in un intervento legislativo, volto, più che ad inserire sporadiche previsioni in differenti contesti, a prevedere un disegno organico e concretamente effettivo di tutela.

5. La radicalizzazione del fenomeno della violenza di genere trova la sua genesi nel tessuto socio-culturale in cui nasce e si propaga.

Le ragioni sociologiche che fanno della violenza contro le donne una manifestazione di discriminazione, di disuguaglianza e di marginalizzazione sono all'attenzione delle politiche comunitarie da un lungo periodo. L'analisi del rapporto tra *disparità* e *soprusi* è alla base del processo evolutivo che ha consentito di approdare negli anni novanta al protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht, nel quale sono disposte le linee guida sulla realizzazione delle pari opportunità tra sessi.

In particolare, viene riconosciuta ampia legittimità alle cosiddette "discriminazioni positive", ovvero quelle misure che consentano, in deroga al principio di uguaglianza formale, la priorità alle donne in tutti quei settori in cui abbiano maggiore difficoltà ad affermarsi rispetto agli uomini.

Con la ratifica del Trattato di Maastricht, sono state adottate diverse Direttive e Raccomandazioni nei settori nevralgici del lavoro a tempo parziale, dei congedi parentali nonché della partecipazione delle donne ai processi decisionali.

Nel 1996, la Commissione europea, nell'ambito del quarto piano di azione sulle pari opportunità tra uomini e donne, nella Comunicazione "*Incorporating Equal Opportunities for*



Women and Men in to All Community Policies and Activities” ha indicato come impegno formale quello di indirizzare le politiche comunitarie verso l’obiettivo di promuovere l’uguaglianza di genere¹. Nasce il principio del *gender mainstreaming*: una nuova strategia nella quale la parità tra sessi non è più considerata quale specifica area di intervento tra tante, ma una finalità che permea di sé tutti i possibili settori di intervento pubblico (occupazione, istruzione etc.). Si impone, in altri termini, alle pubbliche autorità, prima di procedere all’assunzione di una certa misura, di valutare l’effetto discriminatorio che dalla stessa possa conseguire, in un’attività di prevenzione volta a migliorare la qualità e l’incisività delle proprie politiche antidiscriminatorie.

Il *gender mainstreaming approach* viene definitivamente consacrato nel Trattato di Amsterdam del 1997. In particolare, gli artt. 2 e 3 riconoscono la “pari opportunità di genere” come obiettivo fondamentale dell’Unione, che funga da principio guida in tutte le scelte politiche dell’UE.

Trattasi, tuttavia, di disposizioni di principio, che rappresentano l’affermazione all’impegno del perseguimento di siffatta strategia ma incapaci di creare diritti o aspettative azionabili.

La svolta è rintracciabile nella direttiva 2002/73/CE, nella quale il legislatore comunitario rivolge un esplicito invito agli Stati membri a considerare la parità di genere quale obiettivo da perseguire nell’attività di formulazione ed attuazione di leggi, regolamenti e atti amministrativi e, in generale, nell’attività politica tutta².

Trattasi di un significativo cambio di prospettiva: il *gender mainstreaming*, da principio programmatico, si trasforma in un comando normativo espresso, anche se la sua imperatività risulta mitigata dalla portata dello strumento precettivo che lo prevede, che, com’è noto, obbliga gli Stati membri al raggiungimento di un risultato, lasciandoli liberi nelle modalità di realizzazione.

Il Trattato di Lisbona, infine, ne rafforza l’efficacia cogente, qualificandolo quale valore fondante dell’Unione (art. 1), obiettivo primario da perseguire (art. 2) e principio cardine di tutta l’attività politica del consesso³.

Un’interessante applicazione della dottrina delle azioni positive e dell’ ‘approccio integrazionista’ riguarda la questione di legittimità costituzionale delle aggravanti *di genere*, previste dalla *Ley Organica* n.1/2004: ci si riferisce ai reati di lesioni (artt. 147 e 148), abuso e lesioni lievi (art. 153), minacce lievi (art.171) e coercizioni lievi (art.172)⁴.

La legge prevede un trattamento sanzionatorio aggravato in tutte le ipotesi in cui a commettere una delle citate fattispecie sia un uomo nei confronti di una donna e a condizione che tra i due vi sia o, vi sia stata, una relazione affettiva.

Nel caso delle lesioni, la pena, ricorrendo le suddette circostanze, è aumentata con la reclusione da due a cinque anni rispetto al trattamento sanzionatorio del reato base che prevede la reclusione da tre mesi a tre anni.

¹ Si tratta della Comunicazione (COM 67- 1996).

² Per un commento alla Direttiva cfr. B. DENTAMARO, *Parità di trattamento uomo-donna e tutela sostanziale contro le discriminazioni nella direttiva 2002/73/CE*, in *Lavoro nella Giur.*, 2004, 3, 329 ss.

³ Sul principio del *gender mainstreaming* si veda www.europa.eu. Più approfonditamente D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008.

⁴ Cfr. A. M. MAUGERI, *Le aggravanti nei confronti degli uomini autori della “violenza di genere” nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica di “sicurezza” discriminatoria?*, in www.juragentium.org.



Le fattispecie in esame sono state sottoposte al giudizio di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 14 Cost., in un ordinamento nel quale la diversità di genere non è considerata un generale criterio di discriminazione.

La Corte Costituzionale, ha respinto le censure attraverso i postulati della dottrina delle azioni positive.

Sulla base di questi, è riconosciuta la legittimità di una legge con la quale il parlamento abbia realizzato un'azione positiva non diretta nei confronti di una donna in quanto tale, ma in quanto vittima della violenza di genere perpetrata ai suoi danni.

Non tutte le differenze di trattamento di una legge presuppongono, infatti, una violazione del principio di uguaglianza: quest'ultimo non prevede la pedissequa applicazione del principio analogico ma, anzi, esige che a presupposti di fatto diseguali, si applichino diseguali conseguenze giuridiche. Il principio di uguaglianza, quindi, non impedisce diversità di trattamento ma solo quelle che risultino artificiali o ingiustificate perché non fondate su criteri razionali di distinguo.

Lo scopo delle modifiche agli artt. 147 e 148 c.p. è infatti la tutela della donna in un contesto nel quale, evidentemente, non risulta sufficientemente protetta, perché caratterizzato, *ab origine*, da una situazione di asimmetria e disuguaglianza.

L'introduzione di *gender specific provisions*, pur nella consapevolezza che l'aggravamento sanzionatorio non può rappresentare l'unico strumento per risolvere il fenomeno della violenza di genere, fanno dell'ordinamento spagnolo un modello all'avanguardia oltre che nelle tecniche di tutela, anche nelle prospettive di politica legislativa, dirette all'uguaglianza tra sessi.



UNIONI CIVILI E FILIAZIONE: LE GRANDI RIFORME DEL TERZO MILLENNIO TRA EFFETTIVITÀ E PROBLEMATICHE

ANNAMARIA GIULIA PARISI

SOMMARIO: 1. Il *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*. – 2. Unione stabile e convivenza, tra nozione e metodo. – 3. Il legislatore italiano e le grandi Riforme del Terzo millennio. – 4. L'intervento del legislatore comunitario: lo *stato unico di familiare*. – 5. La legge 76/2016: le unioni civili. – 6. Lo stralcio dell'obbligo di fedeltà. – 7. *Stepchild adoption* e delega all'interprete.

1. Il 29 luglio u. s. è entrato in vigore il *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*, che, emanato ai sensi dell'art. 1, comma 34, della l. 29 maggio 2016 n. 76⁵, integra altresì disposizioni necessarie per la costituzione delle unioni civili.

Il decreto infatti contiene le indicazioni pratiche e scioglie alcune perplessità per rendere possibile, nello specifico, l'attuazione della *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*.

Personalismo, solidarismo, democraticità, sono il fondamento di tutte le forme di convivenza che ricevono - ex art. 2 Cost. - garanzia dal nostro ordinamento in quanto favoriscono lo svolgimento armonico ed equilibrato della personalità dei componenti e sono funzionali alla tutela dei diritti fondamentali di ciascuno. Talché il diniego di tale tutela, ex art. 99 c.p.c., verrebbe a configurarsi come 'denegata giustizia'⁶.

La vicenda giuridica delle unioni di fatto si svolge per lungo tempo ai margini del diritto di famiglia, *rectius*, della famiglia legittimamente costituita, nel trascorrere dell'interprete dalla suggestione del ricorso all'applicazione analogica di norme afferenti ad istituti consolidati ed il ritrarsi dalle regole tradizionali per porre mente al momento negoziale e alle norme pattizie.

Il vivere stabilmente insieme è la base comune tanto del vincolo coniugale - regno indiscusso degli *status*, strutturato globalmente nella fase della formazione, nella sua funzionalità quale rapporto e nelle finalità specifiche e peculiari connesse alla sua esistenza - quanto delle unioni di fatto, *genus* per lungo tempo indistinto tranne che per il suo collocarsi, di là dagli spazi di ingerenza dei pubblici poteri, nell'ambito della autoregolamentazione privata e della libera espressione della volontà dei contraenti⁷.

Attraverso il succedersi di provvedimenti normativi, per lo più nelle forme di novellazione del codice civile, il diritto quasi impercettibilmente è entrato nella materia

⁵D. p. c. m. 23 luglio 2016, n. 144, in G. U. 28 luglio 2016, n. 175.

⁶In tal senso, autorevolmente, G. AUTORINO STANZIONE, in *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Torino, 2003, p. 514.

⁷Cfr., G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. IV, Torino, 2007, p. 4 s.



senza invadere, affiancando progressivamente alla figura del coniuge quella del convivente *tout court*: rilevava, ormai, sia a livello sociale che a livello politico, l'esigenza generalizzata di definire le coordinate giuridiche del fenomeno, oltre che di delinearne l'esattezza del connotato semantico⁸.

Il legislatore di più ordinamenti sembra aver condiviso il disagio di strutturare giuridicamente una figura multiforme⁹, seppure incentrata sulla stabile convivenza, dimidiata tra istanze opposte di autonomia e disciplina, nell'intento di sottrarla, comunque, all'inaccettabile dimensione dell'arbitrarietà.

Conciliare, dunque, l'intrinseca pretesa di autonomia della fattispecie e le sue indiscusse esigenze di tutela, a pena di disattendere il rispetto di diritti e valori fondamentali, era impegno improcrastinabile, soprattutto per il legislatore italiano, al di là delle sollecitazioni della Corte Costituzionale e degli arresti dei giudici di Strasburgo.

⁸ In argomento, cfr. G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà...*, cit., pp. 6 ss.

⁹ Vi è chi assai opportunamente discorre dei *singoli sottoinsiemi in cui si frammenta la convivenza*: cfr. G. AUTORINO, P. STANZIONE, op. loc. ult. cit.



2. Oggi è pressoché ricorrente, nel lessico della dottrina, trascorrere dall'epocale espressione 'figli senza aggettivi' all'altrettanto attuale rilievo del sintagma 'famiglia senza aggettivi'. Invero, l'esigenza primaria, comune ad ogni analisi, di cominciare dal guardare senza schemi precostituiti ad una 'realtà senza aggettivi', è vieppiù d'obbligo quando l'intento è quello di disciplinare comportamenti umani, doppiamente bisognosi di rispetto e cautele quando sono fulcro indiscutibile di plurisecolari approcci culturali prima che giuridici, nonché di irriducibili contrasti ideologici.

In realtà, in simile materia sarebbe stata prioritaria una lucida definizione dei poliedrici aspetti - tutti distinti e di rilievo - della figura in discorso, per addivenire solo secondariamente alla regolamentazione delle epifanie del fenomeno: sotto la pressione della cogente necessità il legislatore ha invece affrontato con affanno la ricerca della definizione dell'oggetto da normare. Più che naturale, quindi, l'agevole riferirsi alla struttura nota e costituzionalmente delineata della famiglia, per individuare poi, in senso negativo, quella convivenza o unione stabile 'non fondata sul matrimonio', quasi alla stregua di quanto assunto dalla Riforma della filiazione 2012/2013 che, alla fine, ha voluto 'solo figli', ma connotandoli in base a un dato neutro e deterministico, qualora nati all'interno del matrimonio, oppure no.

In effetti oggi l'unico termine che resta pressoché univoco appare proprio il matrimonio - che pure non può ridursi a mero *vestimentum familiae*, a forma statica e astratta¹ - in quanto si discorre ormai non di famiglia, bensì di *famiglie*, diversificatesi nella diaspora dal nucleo originario fondato sul matrimonio dei due coniugi: *i. e.*, la molteplicità di tipologie di unioni e convivenze non fondate sul matrimonio, strutturate principalmente su quell'equilibrio delle libertà ravvisato dalla riforma del 1975 all'interno della famiglia legittima e svincolate dai laccioli di ogni concezione pubblicistica o statutale.

Nel prisma delle convivenze l'unitarietà di base è costituita dal duplice profilo dell'*affectio* e della stabilità, espressione di una relazionalità che oltre che 'sistemica e intersoggettiva', è innegabilmente giuridica.

Se dunque guardiamo alla realtà effettuale della convivenza stabile non fondata sul matrimonio, si diversificano immediatamente, *ictu oculi*, due macro-categorie: quella dei partner che non possono trasformare la loro unione stabile in coniugio e quella di coloro che per scelta non si accostano al matrimonio. Tra i primi vanno ricompresi i gli ex coniugi in attesa dello scioglimento del precedente matrimonio e i conviventi dello stesso sesso; fanno parte del secondo gruppo quanti rifiutano la sacralità e la formalità del vincolo coniugale.

Nondimeno, le coordinate distintive della solidarietà e della coabitazione vanno oltre il limite del rapporto di coppia a contraddistinguere 'comunità di fatto' come i gruppi parentali o di mutuo supporto che, pur non richiamando la connotazione della convivenza *more uxorio*, non possono venir confinati nella dimensione dell'irrilevanza giuridica²: il dettato dell'art. 2 Cost. è la clausola generale aperta che unifica tutte le unioni basate sull'*affectio* e sul sostegno reciproco e che, nella loro qualità di formazioni sociali funzionali

¹ L'espressione è tratta da V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, 1043.

² Cfr. G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà*, cit., pp. 206 ss.



all'equilibrato sviluppo della personalità dei componenti ed alla salvaguardia dei loro diritti fondamentali, *ricevono garanzia e tutela dall'ordinamento*³.

Tanto, alla stregua anche dell'opinione dominante della dottrina tedesca - condivisa dalla giurisprudenza - che non riconosce alla famiglia legittima una tutela costituzionale esclusiva, laddove l'art. 2 GG sancisce la tutela prioritaria del diritto al libero sviluppo della personalità: *Jeder hat das recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*⁴.

Nella sostanza, nell'opera di giuridificazione delle unioni di fatto, il legislatore ha proceduto in modo in sé contraddittorio, da una parte ponendo mente alle regole tradizionali ed altresì recuperando il momento negoziale - *rectius* - dell'autonomia contrattuale, operando una improbabile *reductio ad unitatem* delle svariate fattispecie del *vivere stabilmente insieme* meritevoli di tutela e disattendendo di fatto la missione primigenia del Diritto: la sua funzione regolatrice delle relazioni sociali.

³ Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, pp. 36 ss.

⁴ Peraltro, in base quanto proclama l'art. 1 GG, l'individuo incarna il più alto valore del diritto ed è posto all'apice dell'ordinamento che in sua funzione va interpretato ed attuato: cfr. P. STANZIONE, *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Famiglia*, 2001, 4, p. 1098 ss.



3. Il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*¹, entrato in vigore il 7 febbraio 2014, completa la disciplina sulla filiazione introdotta dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*. Con l'art. 1 che ha novellato il codice civile², la legge 219/2012 aveva già operato una triplice innovazione: l'unicità dello *status* di figlio - specialmente, artt. 315 e 315 *bis* c. c. -; la nuova disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio - artt. 251, 251 e 276 c. c.; la costituzione del rapporto di parentela basato su qualsiasi forma di filiazione³ anche fuori del matrimonio - artt. 74 e 258 c. c. nuova formulazione -. Più esplicitamente, l'innovato art. 74 c. c. precisa che il vincolo di parentela con la famiglia dei genitori è il medesimo al di là delle modalità dell'acquisizione della filiazione, dentro o fuori del matrimonio⁴.

La legge n. 219/2012 e il decreto attuativo 28 dicembre 2013, n. 154, pur essendo focalizzati sull'introduzione dello stato unico di figlio, realizzano una Riforma di portata ben più ampia, che incide profondamente sull'intera materia familiare⁵.

Si è osservato autorevolmente⁶ come il legislatore abbia ben delineato le due dimensioni fondamentali degli istituti trattati, intervenendo sia sul piano della valenza socioculturale, sia su quello della tecnica giuridica, definendone meticolosamente i limiti, le tutele, le modalità e gli effetti, nella sistematicità delle scelte normative.

Già la riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva attuato la parificazione tra i figli, ma perdurava la distinzione tra i modelli di filiazione legittima e filiazione naturale, che di fatto giustapponeva tra loro con maggior distacco ed evidenza il modello di famiglia fondata sul matrimonio e le forme di convivenza familiare o *more uxorio* ormai diffusissime nella società.

Ponendo mente, in particolare, alla moltiplicazione dei rapporti parentali che si dipartono e si intersecano a partire dalla posizione del figlio e dal parallelo ampliarsi della dimensione famiglia nello sfumare e nel dilatarsi dei suoi confini, sembra quasi di esser testimoni dell'avvento di una sorta di *famiglia globale*, propria di una società globale: nell'auspicio tuttavia che dai sintomi della mercificazione e dal decadimento valoriale che caratterizza quest'ultima non venga quella contaminata, ma consenta lo stabile incardinamento di valori di dignità, uguaglianza e solidarietà, valori fondanti del nostro ordinamento, che dovrebbero esserlo di ogni ordinamento giuridico.

¹ In G. U. 8 gennaio 2014, n. 5.

² L'art. 1, comma 10, con norma immediatamente precettiva, dispone l'abrogazione della sezione II del capo II del titolo VII del libro primo del codice civile. Tra i principi e criteri direttivi della delega relativa alle modifiche del Titolo VII del codice civile è sancito anche quello relativo all'abrogazione delle «disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione». L'immediata abrogazione dell'istituto indica che l'unicità dello stato, ad ogni effetto, anche successorio, si determina immediatamente all'entrata in vigore della legge, senza alcuna necessità di attendere i decreti delegati.

³ Ma già Checchini ribadisce, nel 1992, che la parentela è una qualifica giuridica connessa con l'attribuzione di uno stato di filiazione. Cfr. A. CHECCHINI, *Della parentela e dell'affinità*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi, Sub artt. 74-78*, I, Padova, 1992, p. 395.

⁴ Per le modifiche all'art. 74 c. c. e norme connesse cfr., anche, A. G. PARISI, *Della parentela e dell'affinità. Artt. 74-78*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2016.

⁵ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2014.

⁶ P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. N. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, 443 ss.



In realtà, il diritto di famiglia vivente oggi appare libero di espandersi e di affermarsi, proliferando dal *core* delle leggi positive che riconoscono *in nuce* i fondamenti della nuova disciplina in rapido *fieri* e più che mai in attesa degli interventi del legislatore che ponga ordine nel divenire delle prassi, della normazione che si origina negli interstizi delle pronunce giurisprudenziali - talora discordanti - e dei *leading cases*, dalle norme di vecchia e nuova generazione che, nel loro cumulo e nei loro intrecci, nella pletora di tacite, implicite o del tutto mancanti abrogazioni, talora rinserrano indebitamente l'orizzonte dell'agire e la dimensione dello sviluppo della persona umana. Più che l'armonizzazione, è d'uopo *la conciliazione* tra le discipline e le norme radicate nei valori costituzionali, perché non accada che riforme epocali, attese ed annunciate da anni trovino il freno o l'alibi, per certi versi, e in talune ipotesi, dell'interpretazione arbitraria o elusiva, o dell'inapplicabilità.

4. La Riforma 2012/2013 ha *riconosciuto il diritto di tutti i figli alla genitorialità*¹ - qui intesa con riferimento al *valido rapporto affettivo costituito tra genitori e figli* -; alla parentela senza remore e limitazioni artificiose, non solo o non semplicemente il diritto *ad una famiglia*. Di pari rilievo è la questione, infatti, della 'costruzione' dei vincoli di parentela tra il figlio nato fuori del matrimonio e i familiari dei genitori. In tale prospettiva, la legge 10 dicembre 2012, n. 219 stabilisce, all'art. 1, comma 4, che il riconoscimento produce automaticamente effetto non soltanto nei confronti del genitore che ne è autore, ma anche nei confronti del suo gruppo parentale. Dinanzi alla caduta delle categorie tradizionali e alla frantumazione del modello unico di famiglia, il diritto avverte il bisogno di nuovi termini e categorie, nuove certezze cui appigliarsi nell'emergere dalla realtà sociale di dinamiche complesse e irrisolte, connesse non solo al fenomeno delle famiglie ricomposte², ma anche alla questione della omogenitorialità: più che di *familles récomposées*³, si discorre oltralpe di *costellazione familiare ricomposta*, collocando il focus dell'attenzione nell'intero, complesso sistema che risulta formato da tutti i nuclei familiari interessati da divorzio, separazione o convivenze, laddove anche responsabilità parentale e funzioni familiari sono condivise. Analogamente, nel sistema anglo-americano, se al concetto francese di costellazione familiare si giustappone quello di *blended family* o *famiglia rimescolata*, nel contempo si privilegia l'analisi della 'famiglia domestica' o *step-family*, in cui convivono i figli di precedenti matrimoni.

Il legislatore comunitario è intervenuto in materia, considerando il rapporto di filiazione non solo sul piano giuridico, ma anche sotto il profilo economico, intrinsecamente connesso alla libertà di circolazione dei lavoratori transfrontalieri: infatti, ha preso atto delle realtà familiari emergenti e ormai diffuse anche in ambito europeo e rilevanti per via delle famiglie ricostituitesi tra cittadini nazionali e migranti, ed ha provveduto da tempo a chiarire, tramite la direttiva 2004/38/CE, che la famiglia ricomposta o per meglio dire 'composita' del lavoratore transfrontaliero *deve corrispondere* a quella formata da cittadini nazionali. Ciò rileva chiaramente anche dalla definizione, ex art.

¹ Così, con acuta osservazione, M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in questa rivista, maggio 2013.

² ma anche alle sempre più numerose famiglie monogenitoriali o unipersonali, in alternativa alla tradizionale famiglia nucleare.

³ La perifrasi appare per la prima volta in M. T. MEULDERS-KLEIN, I. THÉRY, *Quels repères pour les familles recomposées*, in *Droit et société*, Paris, 1995, p. 225.



2, punto 2, della direttiva citata, della nozione di «familiare» del lavoratore, che compete, nell'ordine, al coniuge; al partner che abbia contratto con il cittadino dell'UE un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro⁴; ai discendenti diretti di età inferiore ai 21 anni o a carico e a quelli del coniuge o del partner, nonché agli ascendenti diretti a carico e a quelli del coniuge o del partner suddetto.

Dunque, in ambito europeo, all'unicità dello *status* di figlio corrisponde l'unicità dello *status di familiare*, nozione ben più estesa e dettagliata, ma in armonia con quanto sancito dal legislatore italiano della Riforma della filiazione, così come emerge - sotto il profilo più ampio della cittadinanza dell'Unione - nella direttiva 2014/54/UE, laddove il primo 'considerando' sottolinea come il principio <fondamentale> della libertà di circolazione dei lavoratori trova ulteriore applicazione nella tutela del pieno esercizio dei diritti conferiti ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari: laddove, si ribadisce, *il termine familiare ha il significato definito dall'art. 2, punto 2, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*, così come *supra* specificato.

E, quel che qui maggiormente rileva, nella disciplina comunitaria il figlio del coniuge o del partner diventa *di fatto* figlio del lavoratore considerato, con riguardo esclusivo ai diritti, alla realtà effettuale ed alla famiglia effettiva *ope legis* ridisegnata nei suoi confini e nei suoi componenti, con radicale *bypass* della necessità di qualsivoglia, previa 'adozione mite' o *step-child adoption*.

La medesima definizione dello *status univo di familiare* dettata dal legislatore europeo e confermata dal progressivo discostarsi dei giudici della Corte EDU da un criterio fondato sul vincolo di parentela per avvicinarsi alla possibilità di riconoscere i *familiari di fatto*⁵, racchiude sinteticamente l'intero ambito delle relazioni familiari *in progress*, concluso, nell'ordinamento italiano, dalla recente legge n. 76/2016.

⁴ Qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante.

⁵ La qualità di familiare risulta da una situazione di fatto che si rinviene anche nel rapporto tra un coniuge e i propri figli acquisiti, la cui qualità di 'familiare a carico' - da cui il contributo al mantenimento del figlio - può essere dimostrata da elementi oggettivi come il matrimonio, un'unione registrata o il domicilio comune (cfr. Watelet, Avvocato Generale dell'UE, Cause riunite n. C 401/15, c 402/15, c 403/15, Conclusioni).



5. Nel “quadro profondamente rinnovato e sempre più frequentemente arricchito dalla felice «contaminazione» delle fonti costituzionali europee, convenzionali ed internazionali, in cui si collocano i diritti delle persone” ancora una volta si constata come le istanze cogenti (e legittime!) provenienti dal contesto conducono verso una sorta di *deregolamentazione della famiglia* ed alla progressiva evoluzione della concezione dell’impegno matrimoniale verso un diritto da taluno definito «leggero»¹, conformabile a tutte le esigenze.

Peraltro, non si può fermare la rapidissima evoluzione cui tendono le *magnifiche sorti e progressive* del contesto umano, né tantomeno rammaricarsi del contemporaneo incrementarsi dei diritti riconosciuti e delle libertà in capo all’individuo, nella fiducia che il legislatore ponga ordine ed armonia nel nuovo *ipercontesto* della globalizzazione e dell’intersecarsi di istanze, diritti e provvedimenti normativi, non sempre *inter se* armonizzati, ma sovente quanto mai ‘giusti’ e opportuni: il riferimento d’obbligo è anche alla Riforma della filiazione 2012/2013 che, sia pur sollevando talune perplessità, ha posto una pietra miliare nel cammino verso l’uguaglianza solidale in seno alla famiglia ed alla società, ed alla legge n. 76 del 20 maggio 2016 che ha istituito le *unioni civili tra persone dello stesso sesso* ed ha disciplinato le convivenze².

E, come si vedrà, l’intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme attiene ancora, sostanzialmente, al rapporto di filiazione.

Nell’iter che ha condotto alla formazione della legge 76/2016 hanno avuto valenza decisiva le istanze sociali che si sono concretizzate, essenzialmente, nel formante giurisprudenziale costituito da un triplice ordine di interpreti: *in primis* la Corte EDU, per la quale “il diritto al matrimonio include anche quello al matrimonio tra persone dello stesso sesso, quale nuovo contenuto ermeneuticamente emergente dalla Convenzione e dalla Carta, fermo restando che la sua garanzia è rimessa al potere legislativo dei singoli Stati ed il Parlamento è libero di scegliere - sia nell’*an*, sia nel *quomodo* - tra la possibilità di garantire tale diritto o prevedere altre forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali³”, che commina altresì all’Italia la nota condanna per il caso Oliari⁴ con la pronuncia del 21 luglio 2015.

All’autorevolezza della Corte di Strasburgo si aggiunge in due riprese l’intervento del Giudice delle leggi, precisamente con la sentenza del 15 aprile 2010 ove riconosce nell’unione omosessuale, concepita come “stabile convivenza tra due persone dello stesso

¹ T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia* 2005, 3, 405, ove si chiede se il riconoscimento di maggiori spazi di libertà ed autonomia rappresenti un sicuro progresso nella tutela dell’individuo e nel miglioramento della società, e se il moltiplicarsi delle figure familiari, assieme ad una sorta di *deresponsabilizzazione* per averne cagionato la crisi, unitamente all’adozione di meccanismi più rapidi di scioglimento del matrimonio, «prospettiva che lascia perplessi, anzi che spaventa chi crede ancora nella centralità del matrimonio e nella rilevanza di altri valori “tradizionali” su cui la famiglia, “pietra d’angolo della comunità”, da secoli si fonda», non conduca, di fatto, a quella morte della famiglia preconizzata da Trabucchi (A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 19).

² Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. (GU Serie Generale n.118 del 21-5-2016).

³ Corte EDU 24 giugno 2010, caso *Schalk and Kops c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1137.

⁴ Nell’*arrêt de chambre* per l’*affaire Oliari et autres c. Italie* (requêtes nn. 18766/11 et 36030/11) pubblicato il 21.07.2015, la *Cour européenne des droits de l’homme* ha ravvisato, all’unanimità, a carico dell’Italia, la *violation de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme (droit au respect de la vie privée et familiale)*. (Corte EDU, Sez. IV, 21 luglio 2015, n. 18766/11, *Oliari e altri c. Italia*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 12, 1069, con nota di Bruno).



nesso”, una delle formazioni sociali tutelate dall’art. 2 Cost. che, quindi, ne garantisce “il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico coi connessi diritti e doveri”⁵.

Rileva come nel caso specifico la Consulta non abbia come di consueto evidenziato un nuovo diritto (nella specie, al matrimonio) emergente dalla ‘clausola generale’ dal medesimo articolo 2 rappresentata, in cui si inverte la capacità espansiva della Legge Fondamentale - il che si palesava inevitabilmente inconciliabile con il consolidato dettato dell’art. 29 Cost., radicato in una tradizione plurisecolare -, né abbia - giustamente - invocato il ricorrere dell’art. 3 Cost. o dell’art. 14 CEDU, integrato di fatto, ex art. 19 Cost., nel testo costituzionale. Ha invece, in modo più neutrale ma certamente incisivo, censurato il vuoto legislativo che lasciava deprivata di riconoscimento e diritti una formazione costituzionalmente meritevole di tutela.

La Consulta riprende *in point* la meritevolezza di tutela e l’insufficienza normativa nella nota pronuncia n. 170 del 2014, nella vicenda del c.d. ‘divorzio imposto’, laddove alla rettificazione di sesso di uno dei coniugi seguiva la cessazione degli effetti civili del matrimonio senza che dal Legislatore fosse stata prevista la possibilità, per i coniugi che ne facessero richiesta, di ‘mantenere in vita un rapporto giuridicamente regolato’ o, in alternativa, di sostituirlo con altro tipo di convivenza registrata⁶.

Infine la Suprema Corte, in almeno due occasioni, sottolineava ancora come l’art. 12 CEDU, nell’interpretazione che scaturiva dalle interpretazioni della Corte EDU, consentisse agli Stati membri di superare la concezione tradizionale che basava il matrimonio sulla diversità di sesso dei coniugi⁷; e successivamente ribadiva che “il sicuro rilievo costituzionale ex art. 2 Cost. di tali formazioni sociali e del nucleo affettivo-relazionale che le caratterizza comporta che queste unioni possano acquisire un grado di protezione e tutela anche ad opera del giudice ordinario, tenuto ad una interpretazione della norma costituzionalmente e convenzionalmente orientata ed equiparabile a quella matrimoniale, in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determini una lesione di diritti fondamentali”⁸.

Si può già affermare, dunque, che il formante giurisprudenziale è il sostrato costitutivo della disciplina italiana introdotta dalla legge n. 76/2016.

⁵ Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361 e in *Justitia*, 2010, 311.

⁶ Il decreto 144/2016, nell’ambito delle disposizioni transitorie, all’art. 5, rubricato *Unione costituita a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi*, in attuazione dell’art. 1, comma 27, l. 76/2016, ha specificato le modalità che consentono agli ex coniugi di avvalersi, su richiesta, della norma. Rileva, peraltro, che in altri Paesi europei, cui è comunque estraneo il *divorzio imposto*, le norme prevedono lo scioglimento del matrimonio come condizione d’ammissibilità per l’accoglimento del ricorso per la rettificazione del sesso, talché in quegli ordinamenti - come quello tedesco o svedese - la cessazione del vincolo precede e non segue il cambiamento legale di sesso. Peraltro il *Bundesverfassungsgericht*, pur essendo stata da tempo disciplinata la convivenza di persone dello stesso sesso tramite il *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 16 febbraio 2001, nella sentenza del 27 maggio 2005 ha mantenuto in vita il matrimonio: talché nell’ordinamento tedesco il mutamento di sesso, se i coniugi lo desiderano, non determina lo scioglimento del matrimonio e il legislatore è stato invitato a disciplinare la materia tenendo conto del suddetto principio. Il *Bundesverfassungsgericht* ha motivato la propria decisione in modo pragmatico, osservando che si tratta di pochi casi e soprattutto sottolineando che la fattispecie in esame è diversa da quella di due persone dello stesso sesso che intendono unirsi in matrimonio. Cfr. *BVerfG*, 1, Senato, Ord. 27 maggio 2005, *BvL* 10/05, in *NJW*, 2008, 3117 ss.

⁷ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. e dir.*, 2012, 665.

⁸ Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. giur.*, 2015, 909.



Il provvedimento normativo *de quo*, a ben vedere, offre un duplice piano di lettura.

Ciò che si impone con più evidenza, nell'ampia condivisione della dottrina, è la meticolosa attenzione riposta dal legislatore nell'evitare il più possibile, nel testo del provvedimento, ogni accostamento formale o lessicale tra unione civile ed istituto matrimoniale: il che emerge già nel comma 1 dell'unico articolo che costituisce la struttura della legge in discorso, che sostanzialmente e in modo persino pleonastico diversifica la 'formazione sociale' ex art. 2 Cost. dalla famiglia legittima basata sull'art. 29⁹.

Nel testo dell'intero documento è pressoché assente l'aggettivo familiare, mentre altre concessioni sono state fatte, penalizzando certamente la chiarezza e l'organicità, all'intento di distinguere al massimo l'unione civile dalla famiglia istituzionale, chiaramente al fine di evitare ulteriori ostacoli all'approvazione della legge.

Da altra prospettiva, è innegabile che la nuova disciplina sia stata tratteggiata sul modello matrimoniale.

È di tutta evidenza, infatti, che la disciplina delle unioni civili sia costruita sulla base struttura del rapporto matrimoniale, talché le nuove norme predisposte sovente riproducono, *in facto*, gran parte delle previsioni del codice civile concernenti il matrimonio.

Pur senza estendere direttamente il matrimonio alle coppie *same sex*, il legislatore ha parificato il nuovo istituto al preesistente nell'ambito dei rapporti patrimoniali, nel regime successorio o in quello degli alimenti. Altrettanto si riscontra in ambito amministrativo con riferimento all'accesso ad alloggi e servizi, agli assegni familiari... La massima equiparazione avviene per il tramite della clausola di salvaguardia di cui al comma 20, che, per assicurare l'effettività della disciplina delineata e le tutele predisposte, stabilisce che "le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle contenenti la parola 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso": disposizione che, tuttavia, *non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge*.

Si deduce la centralità del comma 20 nell'intero sistema della tutela delle unioni civili, una previsione indirizzata sostanzialmente alla P. A. e all'interprete.

Peraltro, se sono integrate le sole norme del codice espressamente richiamate, ciò non è previsto per quanto è invece disciplinato dalle leggi speciali - con la sola eccezione della legge 4 maggio 1983, n. 184 - che comprendono vasti ambiti, da quello previdenziale, a quello pensionistico, a quello sanitario, e dovrebbe *pianamente* essere esteso alle sentenze - talora additive quando non nomopoietiche - del Giudice delle leggi e della Suprema Corte.

In sostanza il legislatore riproduce le disposizioni dettate dagli artt. 143 e 144 c.c. in materia di matrimonio - tra l'altro, nei rapporti personali e patrimoniali, la posizione delle parti dell'unione civile, come quella dei coniugi, è di perfetta uguaglianza, morale e giuridica - con la sola eccezione per l'obbligo reciproco di fedeltà.

⁹ Sul punto, si consenta il rinvio a A. G. PARISI, «Arcipelago famiglie»: dalla 'famiglia di Elau' al Diritto di famiglia, in questa rivista, luglio 2016, pp. 27 s.



6. Il maxiemendamento approvato dal Senato in data 25 febbraio 2016 ha operato lo stralcio dell'obbligo di fedeltà¹: ciò non è senza conseguenze.

Nell'attuale contesto socio-familiare è in corso da tempo una evoluzione della giurisprudenza in materia di divorzio, in base alla quale la fedeltà nel matrimonio non è più intesa in senso esclusivamente sessuale, ma come l'obbligo più complesso di non violare la fiducia del partner, dovendosi preliminarmente valutare se il rapporto a due non si fosse già, prima dell'infedeltà sessuale, esaurito o svuotato di contenuti.

Il legislatore, sottacendo dell'obbligo di fedeltà tra i partner dell'unione, è intervenuto nel *core* dell'*affectio* e del rapporto solidale che è alla base della comunione di vita in cui si incarna ogni autentico rapporto di coppia, adombrando ancora il tentativo infruttuoso di confinarne - quantomeno *prima facie* - la disciplina in una sorta di apparente ghetto giuridico-relazionale.

Quel che risalta con più evidenza è il significato simbolico dell'omissione, operata nell'apparente non consapevolezza delle pronunce della Suprema Corte che hanno ribadito come l'obbligo di fedeltà *sia volto a garantire la comunione di vita tra i coniugi*, mentre la sua violazione è prova della rottura dell'irripetibile rapporto di fiducia tra i coniugi e del *deterioramento dell'accordo e della stima reciproca*² e come tale obbligo costituisca un "impegno globale di devozione" e la base della "comunione spirituale"³. I doveri enunciati dall'art. 143 c. c., come riformato dalla novella del 1975, sono effettivamente il portato del generale impegno alla reciproca solidarietà ed espressione della comunione affettiva, spirituale, materiale su cui si fonda lo stesso vincolo⁴.

Come ha affermato Corte di merito⁵, eliminando l'obbligo di fedeltà il modello di vita in comune 'semplicemente *non è riconoscibile come famiglia*', mentre la Cassazione

¹ L'obbligo di fedeltà tra i coniugi è presente nell'ordinamento italiano fin dalla sua prima formulazione nel codice Pisanelli del 1865. È opinione condivisa che oltre che fondato sulla volontà di affermare i valori e i principi morali che sono a base dell'unione coniugale, l'obbligo di fedeltà fosse connesso alla necessità di salvaguardare la certezza della paternità. Non a caso esso in origine era formulato e modulato diversamente tra i coniugi: l'infedeltà della moglie era tassativamente una colpa; per il marito l'infedeltà era sanzionabile solo se messa in atto in modo tale da arrecare alla consorte ingiuria grave. Rileva, in proposito, che l'esigenza della richiamata "certezza" non può essere garantita da divieti, tanto più che oggi altri mezzi esperibili, quali le tecniche di indagine genetica, consentono di accertare o escludere la paternità. Oltre a ciò, quel che si evidenziava vistosamente era non la tutela di certezze, ma la diversità di trattamento tra i coniugi proprio in base al genere. Da qui l'intervento ripetuto della Consulta che alla fine degli anni Sessanta aboliva le norme discriminatorie e stabiliva la pari gravità dell'adulterio commesso dall'uno o dall'altro coniuge (Corte Cost. 19 dicembre 1968, n. 127). L'obbligo di fedeltà rimaneva tuttavia come saldo principio valoriale tanto che, in base all'art. 156 c.c., anche in seguito a separazione consensuale o giudiziale, i coniugi erano obbligati a vivere separati ma *con l'obbligo del mutuo rispetto e della reciproca fedeltà*. Talché, sovente un coniuge poteva richiedere il mutamento del titolo della separazione consensuale, in seguito a comportamento colpevolmente 'infedele' dell'altro. L'obbligo di fedeltà per i coniugi separati veniva successivamente abolito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 99 del 18 aprile 1974 (Corte Cost. 18 aprile 1974, n. 99, in *Foro It.*, 1974, 1, 1574).

² Cfr. Cass. 1° giugno 2012, n. 8862, in *Foro it.*, 2012, I, 2037.

³ Cfr. Cass. 11 agosto 2013, n. 17193, in *Fam. e dir.*, 2013, 777. *Adde*, in modo conforme: Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, in *Foro it.*, 2012, I, 2434.

⁴ Cfr. P. VERONESI, *Commento all'art. 143 c. c.*, in BASINI, BONILINI, CONFORTINI (a cura di), *Codice di famiglia, minori e soggetti deboli*, Torino, 2014, pp. 496 ss. *Adde*, T. BONAMINI, *I rapporti personali tra i coniugi*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, Torino, 2015.

⁵ App. Napoli, 13 dicembre 2012, n. 4074.



successivamente adita dal coniuge tradito confermava la primazia da attribuirsi all'unione spirituale che esclude gli episodi di adulterio⁶.

Infranto il vincolo di fedeltà viene a nullificarsi l'intero complesso dei doveri di cui all'art. 143 c. c. che costituiscono l'essenza stessa del matrimonio e di qualsiasi stabile rapporto di coppia⁷. Dunque l'aver escluso tale obbligo si pone quale *contradictio in terminis* riguardo all'intero provvedimento istitutivo dell'unione civile, che tra l'altro contiene l'espressa previsione del dovere morale che vincola i componenti e, per quanto sopra accennato, si profila incostituzionale⁸.

Talché, in ipotesi di azione risarcitoria per illecito endofamiliare⁹ - posto che non è previsto dalla l. 76 l'istituto della separazione né, quindi, l'addebito - la Corte adita dal

⁶ Cass. Sez. I, 24 dicembre 2013, n. 28655, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, 480.

⁷ Si consenta il rinvio a A. G. PARISI. *I singoli doveri coniugali*. In G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, 2ª ed., Torino, 2011, pp. 507 ss.

⁸ A ciò si aggiunge l'intrinseca identità tra reciproco dovere morale ed *affectio*: come emerge anche da quanto affermato da Bianca, ma in tema di doveri verso i figli: "la principale componente del dovere morale è costituita dal rapporto di affetto che deve instaurarsi tra genitori e figli" (C. M. BIANCA, *Art. 1, Diritto del minore alla propria famiglia*, in BIANCA, ROSSI CARLEO, *Commentario alla l. 28 marzo 2001, n. 149, Modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184, recante disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002).

⁹ È recente il riconoscimento dell'operatività dell'azione risarcitoria per comportamento lesivo in ambito familiare, ed è sintomo della c.d. privatizzazione della famiglia. Ciò a maggior ragione dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, alla luce della poco afflittiva ed eventuale valenza sanzionatoria dell'addebito, in caso di separazione. Per tale via giurisdizionale trova equa riparazione il danno ingiusto subito da un coniuge, sia patrimoniale che non, specie se concerne interessi esistenziali salvaguardati in via costituzionale. La fattispecie è caratterizzata, per l'appunto, dalla qualità familiare degli obblighi disattesi ossia si configura solo quando tali illeciti intercorrano tra congiunti. Ne è riprova indiretta la costante assoluzione del terzo coinvolto assieme al coniuge nella responsabilità della lesione (violazione dell'obbligo di fedeltà; dei doveri genitoriali, nella lesione dell'onore, della reputazione, o dell'integrità fisica...). In controtendenza con risalente tradizione, la Cassazione, con decisione del 26 maggio 1995, n. 5866, ipotizzava, in ricorrenza di illecito basato sulla clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., la risarcibilità di eventuali o ulteriori danni derivanti dalla violazione di doveri coniugali, qualora l'illecito civile risultasse integrato nei fatti giustificativi dell'addebito della separazione. Ulteriore conferma proveniva da Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, che estendeva il risarcimento dell'illecito ai casi di violazione dei doveri genitoriali. L'ammissibilità della responsabilità civile endofamiliare per la lesione dei diritti di cui è titolare la persona nella vita comune di relazione proveniva da S.C. 10 maggio 2005 n. 9801, cui seguiranno, tra l'altro, Trib. Milano, 7 marzo 2002; Trib. Brescia, 14 ottobre 2006 e App. Brescia 5 giugno 2007, con riferimento a comportamenti lesivi della dignità, dell'onore o della reputazione, come nel caso della violazione dell'obbligo di fedeltà. Cfr. M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14; A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, I, 1031; G. DE MARZO, *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, in *Corr. giur.*, 2002, 1219, in nota a Trib. Milano, 7 marzo 2002. Successivamente, Cass. civ., Sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801, ha ufficialmente e definitivamente legittimato l'ingresso della responsabilità civile risarcitoria in ambito endofamiliare. Cfr. in proposito anche P. PORRECA, *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*, in *Giur. it.*, 2005, 1633. Per Cass. civ., Sez. I, 20 giugno 2013, n. 15481, vengono in rilievo *non i comportamenti di minima efficacia lesiva*, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in virtù di quello spirito di comprensione e tolleranza insito nel dovere di assistenza reciproca, *ma unicamente quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona*, e la tutela risarcitoria è ammessa anche nell'ambito di una famiglia non fondata sul matrimonio e comunque nei legami affettivi non fondati su un vincolo giuridico. Più di recente la Suprema Corte, affrontando ancora la questione del risarcimento del danno extracontrattuale in ambito di rapporti familiari, sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali della persona, nel ribadire che *l'obbligo del genitore naturale di concorrere al mantenimento del figlio nasce proprio dal momento della sua nascita, anche se la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza* e che già da precedente giurisprudenza di legittimità era stata individuata e



partner dell'unione sarebbe posta di fronte ad una duplice scelta: accordare, ove lo consenta la fattispecie, il risarcimento richiesto, ritenendo a rigor di logica integrato nel provvedimento - con riferimento ai commi 1 e 11 - il dovere di fedeltà o, al contrario, porre la questione di legittimità per violazione degli artt. 2, 3, 24 Cost. e 8 CEDU.

In conclusione, lo stralcio dell'obbligo di fedeltà all'interno della legge che delinea la struttura dell'unione civile non possiede alcuna giustificazione giuridica.

E se l'*intentio legislatoris* – sia pure come frutto di disdicevole compromesso – è da rinvenirsi nel distanziare vieppiù il rapporto *same sex* dal coniugio, quasi a sancirne una differenza ontologica, proprio nell'estromissione del valore simbolo della reciproca ed esclusiva dedizione e condivisione di vita, *a contrario*, alla luce della sostanziale, effettiva omologazione di entrambe le due tipologie comunque costituzionalizzate, ha svilito e lesò contemporaneamente la sacralità del matrimonio¹⁰.

A ben considerare e per quanto osservato, questa omissione - simbolica quanto densa di significato - getta un'ombra sulla realtà di una riforma attesa e per altro verso epocale.

Quanto distanti altre esperienze giuridiche: in altri ordinamenti, come in quello francese, il dovere di fedeltà concernente i coniugi con la *loi Toubira* è esteso *naturaliter* anche al matrimonio egualitario; oltreoceano, *in common law* nordamericano, la Corte Suprema degli Stati Uniti il 26 giugno 2015 osservava, in modo del tutto condivisibile, che le coppie omosessuali che desideravano accedere al matrimonio, che *embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family*, erano motivate dalla considerazione e dal rispetto nutrito per l'istituto tanto prestigioso che intendevano onorare¹¹.

delineata la nozione di illecito endofamiliare, legittimando quindi il risarcimento del danno da responsabilità aquiliana, ha confermato che *di fronte ad una violazione di diritti fondamentali della persona, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata, è giusto e lecito riconoscere pieno diritto al risarcimento del danno* (Cass. civ., Sez. VI, 16 Febbraio 2015, n. 3079).

¹⁰ Per l'effetto, in tal modo si fa strada paradossalmente la proposta - già presentata - di abolizione dell'obbligo di fedeltà anche per i coniugi, e si apre la via, per taluno, anche alle ventilate ipotesi di legalizzazione dell'adulterio o della poligamia, dando spazio altresì alle – quantomeno creative! - teorie sul 'poliamore' e sul 'matrimonio plurale': non più che *mere puff*, per ogni persona ragionevole. In tema, peraltro, cfr. R. DEN OTTER, *In Defense of Plural Marriage*, New York, 2015. Den Otter è *Associate Professor* di *Constitutional Law, Constitutional Theory and Political Theory* presso il *Political Science Department* della *California Polytechnic State University*.

¹¹La Corte Suprema ha deciso in relazione a casi del Michigan (No. 14–571, *DeBoer et al. v. Snyder*), dell'Ohio (No. 14–556, *Obergefell et al. v. Hodges*), del Kentucky (No. 14–574, *Bourke et al. v. Beshear*) e del Tennessee (No. 14–562, *Tanco et al. v. Haslam*), in cui erano state sollevate obiezioni al divieto di matrimonio per le coppie *same sex*. La Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale tali divieti: a partire dalla storica sentenza, le persone dello stesso sesso possono sposarsi in tutti gli Stati del Paese [576 U. S. High Court (2015)].



7. La produzione normativa che, agli inizi del Terzo millennio, ha innovato radicalmente il diritto di famiglia italiano, come tutte le grandi riforme giuridiche, era prevedibilmente suscettibile di integrazioni successive e aggiustamenti: ma se la Riforma epocale della filiazione 2012/2013, sia pur sollevando critiche e perplessità, ha posto una pietra miliare nel cammino verso l'uguaglianza solidale in seno alla famiglia ed alla società allargando a dismisura i confini in cui si esplicano i rapporti socio-giuridici incentrati sul soggetto 'figlio senza aggettivi', la legge n. 76 del 20 maggio 2016 delinea una disciplina comunque positiva riguardo alla dimensione del rapporto di coppia, ma è certamente poco chiara o del tutto silente in relazione ai connessi e ineludibili rapporti parentali. Invero l'intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme è produttiva di ulteriori discrasie e problematiche, afferenti, sostanzialmente, come si è anticipato, proprio al rapporto di filiazione.

Come è noto, in sede di approvazione della legge n. 76/2016 al Senato era stato soppresso l'art. 5 del testo presentato dalla relatrice, sen. Cirinnà, che attraverso una modifica dell'articolo 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983 n. 184, interveniva in materia di adozione in casi particolari, consentendo alla parte di una unione civile di fare richiesta di adozione del figlio del partner. Si era affermato, infatti, anche al di fuori dell'aula parlamentare, che l'ammissione della *stepchild adoption* avrebbe potuto agevolare il ricorso alla "maternità surrogata", oggi ammessa - con diverse modalità, presupposti e conseguenze - in vari Paesi¹, ma vietata, nell'ordinamento italiano, dalla l. 40/2004, che in particolare, all'art. 12, n. 6, sanziona *la commercializzazione di gameti o di embrioni e la surrogazione della maternità*².

Guardando alla realtà di fatto, il legislatore della legge 76/2016, che ha comunque colmato una risalente lacuna normativa offrendo doverosa risposta alle sollecitazioni - da più parti e con varia intensità - sorte nel variegato contesto socio-giuridico attinente alla dimensione famiglia, forse *minus dixit quam oportuit*, a fronte del magma dei nuovi diritti e delle nuove istanze tuttora in attesa di una improcrastinabile regolazione, di riconoscimento e di ordine: talché l'opera che ancora lo attende, in questo nuovo Umanesimo dei diritti e della solidarietà, appare ardua.

Ma tra le emergenti manifeste, vistose dicotomie e gli irriducibili contrasti, sarà necessaria l'opera di più artefici perché il diritto vivente possa scaturire dalla confluenza tra norme di rango costituzionale e ordinario e le iniziative ragionevoli quanto audaci, pragmatiche e lungimiranti dell'interprete cui *spetta il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" delle norme* (Corte Cost. 198/1986).

Lungimirante come si è mostrato anche il legislatore che certo non a caso, proprio all'interno del comma 20, art. 1 della legge *de qua*, ove escludendo la vigenza oltre che delle norme non espressamente richiamate del codice civile anche delle disposizioni di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184, ha inserito un inciso - approvato senza destare particolare attenzione, visto il senso letterale *tranchant* del testo immediatamente precedente - , in cui

¹ Tra i quali Belgio, Paesi Bassi, Regno Unito, Islanda, Danimarca, Grecia, Cipro, Russia, Ucraina, Ungheria, Israele, Sudafrica, Canada, Stati Uniti.

² Anche il Parlamento europeo, nel rapporto annuale redatto nel mese di dicembre 2015, in materia di diritti umani, ha condannato la pratica della maternità surrogata; per sua parte, il 21 settembre 2016 la Commissione affari sociali del Consiglio d'Europa ha rigettato la risoluzione della deputata belga riguardante la sua regolamentazione internazionale.



specificava con apparente *nonsense*: “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”.

Nell’immaginabile enfasi delle espressioni di esultanza e di sconforto seguite al superamento di un altro punto chiave della riforma - quello relativo all’esclusione del trasversalmente paventato diritto alla genitorialità dei partner dell’unione civile - e tramite un *escamotage* che è pari a quello attuato con l’inutile richiamo di apertura agli artt. 2 e 3 Cost. nel solenne enunciato del comma 1³ - il legislatore ha lasciato dietro l’uscio rinserrato il *passé-partout* per recuperare opportunità e speranza: quell’inciso, forse in origine scarsamente considerato, proprio in tema di adozione reclamava il supporto solidale dell’interprete, che fedele a se stesso, non poteva mancare⁴.

E proprio l’art. 44, co. 1, lett. d) della legge n. 184/1983 costituisce, a tal fine, l’apposito strumento, e, allo stato attuale, il *trait d’union* tra diritto scritto e diritto vivente, tra *status* di figlio ‘senza aggettivi’ e gruppo familiare ‘senza aggettivi’, configurandosi come una “*porta aperta*” sui cambiamenti che la nostra società ci propone con una continuità ed una velocità cui il legislatore fatica a tenere dietro, ma cui il giudice minorile non può restare indifferente, se in ogni suo provvedimento deve, effettivamente, garantire l’interesse superiore del minore⁵.

In Italia dal 1983, ossia dalla promulgazione della l. n. 184/1983, è consentita l’adozione del figlio del coniuge, con il benessere del genitore biologico, ma solo nell’interesse del figlio, che deve dare il proprio consenso se maggiore di 14 anni o comunque deve essere ascoltato se di età compresa tra i 12 e i 14 anni. Tale adozione viene disposta dal Tribunale per i minori dopo aver vagliato l’*idoneità affettiva, la capacità educativa, la situazione personale ed economica, la salute e l’ambiente familiare di colui che richiede l’adozione*.

Ma ecco che nei fatti si delinea una dicotomia tra la disciplina delineata dal legislatore e quella riscritta dalle decisioni delle corti: fino al 2007 l’adozione del figliastro era consentita solo all’interno delle coppie sposate, successivamente, il Tribunale per i minori di Milano e la Corte d’Appello di Firenze hanno di fatto esteso la *stepchild adoption* ai conviventi eterosessuali. Anzi, al giudice di Milano si deve sia il primo configurarsi in *point* della fattispecie di cui al comma 1, lett. d) della l. n. 184/1983 e della individuazione della *giuridica impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo* con riguardo ad una situazione non di diritto, ma di fatto (la presenza della madre biologica che già si occupava della figlia escludeva la configurabilità dello stato di abbandono), sia la motivazione dell’estensione dell’adozione del figliastro al convivente *in quanto single*: “...il principio fondamentale cui ispirarsi è il preminente interesse del minore nel caso concreto. Sarebbe paradossale consentire l’adozione da parte del coniuge del figlio dell’altro coniuge pur dopo la separazione legale o il decesso del coniuge stesso, come affermato in dottrina e in

³ Si rinvia, in proposito a A. G. PARISI, «*Arcipelago famiglia*»..., cit., p. 27.

⁴ Anche se si può interpretare il forzoso espediente dell’introduzione dell’inciso come “un vero e proprio ambiguo trionfo delle riserve mentali delle forze politiche coinvolte nella stesura finale del testo da approvare” che rappresenta. Altresì, l’abdicazione alla giurisprudenza, da parte del legislatore, di quella funzione che (...) pure dovrebbe istituzionalmente competergli, di interprete e protagonista dell’adeguamento dell’ordinamento alla coscienza sociale” (cfr. E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in *giustiziacivile.com*, aprile 2016).

⁵ Trib. minori Roma, 30 dicembre 2015.



giurisprudenza⁶, e non consentirla al convivente che mantenga stabile rapporto di convivenza con il genitore del minore”⁷.

Il giudice specificava anche, seppure in modo sommario, il contenuto della nozione dell’*interesse del minore*, inteso come “preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie e minor numero di inconvenienti”.

Nello stesso senso la Corte d’Appello di Firenze che, riformando la sentenza n. 46 pronunciata dal Tribunale dei minori il 20 marzo 2012, ribadiva che *l’art. 44, l. n. 184/1983 consente espressamente l’adozione oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato*; e che “...pur ammessa la disciplina privilegiata del matrimonio, ogni diversità di trattamento rispetto alla convivenza diventa irragionevole quando determina una lesione dei diritti inviolabili del minore, nel senso che il favor per la famiglia legittima non può finire col pregiudicare lo *status* del minore nella famiglia di fatto...”⁸

Ma la decisione del Tribunale di Roma - sez. minori - del 30 luglio 2014, che comprensibilmente ha avuto enorme risonanza, costituisce il *precedent* diretto delle successive sentenze analoghe e il *landmark case* per tutte le decisioni di accoglimento dei ricorsi riguardanti l’adozione da parte del co-padre o della co-madre - comprese quelle clamorose concernenti la *stepchild* incrociata, - che ne ripetono gli assunti quasi in fotocopia⁹.

Il giudice, evitando ogni ultronea valutazione del rapporto tra le due donne, aveva *in primis* concentrato l’attenzione sulla relazione tra la minore di cinque anni concepita in Spagna dalla madre biologica e la partner di questa aspirante all’adozione. Successivamente, il Tribunale affrontava la questione del riconoscimento della capacità di assumere e assolvere alle funzioni genitoriali da parte di un soggetto omosessuale, *i.e.* la questione della *omogenitorialità*. Lo strumento giuridico, individuato qui per la prima volta proprio con riferimento all’omogenitorialità, era ancora costituito dall’adozione in casi particolari, secondo la previsione dell’art. 44, comma 1°, lett. d), l. 184/1983 più volte citata, ossia il ricorrere della *constatata impossibilità dell’affidamento preadottivo*.

Nel caso di specie il Tribunale individuava il superiore interesse del minore nella *copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni*, vale a dire nel restare a buon diritto nella propria famiglia di fatto, *anche costituita da conviventi same sex*: chiaramente, l’utilizzo dell’art. 44, comma 1°, lett. d) assume una valenza talmente estesa, da ricomprendere non soltanto l’adozione della figlia della partner in base alla ‘impossibilità

⁶ Cfr. Trib. min. Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. It.* 1986, I, 2 645; Trib. min. Torino, 3 agosto 1993, in *Dir. Fam.* 1994, 655.

⁷ Cfr. Tribunale min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626. Per la Corte: “...l’art. 44 lettera d) prevede la possibilità della adozione c.d. speciale quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Inoltre il terzo comma della norma in esame prevede che nei casi di cui alle lettere a), c) e d) l’adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato”

⁸ App. Firenze, sez. minori, n. 1274, che riconosceva espressamente come “...la presunzione di idoneità dell’adottante verso il figlio del coniuge non può far presumere l’inidoneità dell’adottante verso il figlio del convivente, ove se ne riscontrino autonomamente i requisiti morali e materiali”.

⁹ Tra cui Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015; Trib. Roma, 30 dicembre 2015, che ammette la c.d. *stepchild* incrociata, e sostiene che *la normativa deve poter essere interpretata alla luce dei principi costituzionali e convenzionali che costituiscono il fondamento per il riconoscimento di nuove forme di genitorialità. E nel caso di specie l’interpretazione della norma è nel senso di essere applicabile a tali nuove forme di genitorialità, senza forzatura alcuna*; Trib. Roma, 21 marzo 2016, passata in giudicato, consolidando così per la prima volta in Italia, la configurazione di una famiglia formata da due padri e dal loro bambino.



dell'affidamento preadottivo' in diritto e non in fatto, ma anche il riconoscimento implicito della coppia di fatto e della omogenitorialità¹⁰.

La decisione è stata successivamente confermata in appello. La Corte, condividendo le argomentazioni ed aderendo in pieno alle conclusioni del primo giudice, ha riconosciuto che, nella fattispecie, “...rivestire di contenuto giuridico il rapporto di fatto esistente tra le due madri realizza il preminente interesse della minore”. Ha quindi ricordato che, come da giurisprudenza Corte EDU, *la definizione del concetto di vita familiare deve essere fondamentalmente ancorata ai fatti, e non tanto basata su condizioni giuridiche, e che sono i rapporti, i legami, la convivenza, a meritare tutela. La definizione di vita familiare non è subordinata all'accertamento di un determinato status giuridico quanto piuttosto all'effettività dei legami. Nessun rilievo può avere la circostanza che il nucleo familiare sia formato da una unione affettiva eterosessuale ovvero tra le persone dello stesso sesso.*¹¹

La conferma da parte della Corte d'Appello e il decisivo apporto della sentenza 12962/2016 della Cassazione, I Sez. civile, pubblicata in data 22 giugno 2016, che ha confermato l'orientamento pressoché univoco della giurisprudenza di merito antecedente e successiva alla promulgazione della legge sulle unioni civili, ha sicuramente trasformato la decisione del tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014 da *landmark case* in *leading case*.

La decisione del Tribunale di Roma del 30 luglio 2014 e tutte le altre, numerose, da quella gemmate, hanno in breve delineato la disciplina giurisprudenziale dell'adozione del figliastro da parte della co-madre o del co-padre e, dato il recente riconoscimento giuridico delle unioni civili, seppure formalmente non esteso alla possibilità di adottare come coppia, più in generale hanno consentito la *stepchild adoption* al *second parent* nelle coppie omosessuali¹².

¹⁰ Da cui la massima: *Il requisito della constatata impossibilità di affidamento preadottivo di cui all'art. 44, comma 1°, lett. d) della L. n. 184/1983 può ritenersi sussistente anche quando l'adottando non sia in stato di abbandono e mai potrebbe essere collocato in affidamento preadottivo in quanto nato e cresciuto con l'aspirante adottante e il suo convivente more uxorio, genitore biologico del minore. Ciò alla luce della duplice circostanza che la lettera della norma è chiara nel senso di prevedere come presupposto dell'adozione di cui trattasi l'impossibilità dell'affidamento preadottivo senza ulteriori specificazioni, e che una diversa interpretazione non consentirebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore alla copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni. La conclusione raggiunta non può non applicarsi anche ai conviventi dello stesso sesso. In primo luogo l'inequivoco dato letterale dell'art. 44, comma 1°, lett. d) non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali e omosessuali. Una lettura in senso diverso sarebbe inoltre contraria alla ratio legis, al dato costituzionale e ai principi di cui alla Convenzione europea sui diritti umani e le libertà fondamentali.*

¹¹ La contestazione del p.m. era sorta anche con riferimento alla forzatura interpretativa operata dal Tribunale nell'aver, in assenza di qualsiasi criticità concernente la madre naturale, affiancato a quest'ultima una seconda figura femminile materna, evidenziando la finalità di soddisfare l'aspirazione delle due figure adulte a una nuova forma di bigenitorialità non ancora disciplinata dalla legge, intendendo con ciò supplire all'inerzia del legislatore. Quanto all'interesse primario della minore, era mancato invece alcun riferimento alla prospettiva della sua futura vita e crescita equilibrata, affrontando l'esperienza di una seconda madre in uno schema educativo non ancora verificato. Proprio per quest'ultimo motivo, anzi, avendo la madre espresso parere favorevole all'adozione, per vivere la bigenitorialità nel contesto di coppia, il p. m. aveva chiesto anche la nomina di un curatore speciale. Per la corte, peraltro, è oggettivamente impossibile che possa essere oggi compiuta alcuna previsione sulla vita futura e sulla effettiva crescita equilibrata della minore, che l'appellante vorrebbe invece vedere analizzata senza specificamente argomentare circa i dati di pregiudizio concretamente rilevati nella fattispecie; difficoltà di previsione presente in ogni situazione di adozione non tanto diversamente, soprattutto nell'attualità, da ogni situazione di crescita di un minore, naturale o adottivo che sia.

¹² Tra i primi Paesi europei a consentire la *stepchild adoption* è certamente il Regno Unito, in cui già l'*Adoption and Children Act* del 2002 aveva operato una profonda riforma della disciplina in materia, introducendo la possibilità di adozione da parte di coppie *same-sex* e di fatto. Nel 2005 il *Civil Union Act* ha riconosciuto alle



Dunque se all'endiadi *figlio senza aggettivi* fa da *pendent* la nozione di *famiglia senza aggettivi*, alla 'nuova' famiglia di fatto – che si chiami unione civile o convivenza – si giustappone il nuovo concetto di *figlio di fatto*¹³, tuttavia dotato di potenzialità attrattiva giuridificante: come il 'figlio senza aggettivi' ha schiuso l'orizzonte alla nuova dimensione famiglia, quasi che nella crisi globale dei valori l'intero contesto socio-giuridico abbia voluto assicurare tutela all'elemento più fragile e prezioso, anche nell'ottica necessaria dell'auspicabile futuro e – *tout court* – di sopravvivenza, è nella analoga necessità della salvaguardia del superiore interesse del minore che il figlio – biologico, adottato, 'sociale', ed oramai semplicemente 'di fatto' – lega attorno a sé e giuridifica il contesto relazionale in cui trova amorevole cura, stabilità, opportunità di crescita e sicurezza, conferendo dignità e sacralità al suo mondo familiare, composito, variegato, plurale, e tuttavia famiglia, intessuta di solidale certezza di affetti, luogo di sviluppo e promozione della sua personalità che tuteli – per tale via – il suo domani e intrinsecamente quello della società: di cui la 'famiglia' – senza aggettivi – resta l'insostituibile ed essenziale elemento costitutivo.

coppie omosessuali la possibilità di stipulare una unione civile. L'*Adoption and Children Act* del 2002, in combinato disposto col *Civil Union Act* ha consentito ai partner che abbiano costituito una *civil partnership* di acquisire la *parental responsibility* in tutte le decisioni riguardanti il figlio minore del convivente che sia titolare di equivalente potestà. Il *Marriage (Same Sex Couples) Act* del 2013 garantisce oggi l'uguaglianza matrimoniale anche alle coppie omosessuali che possono convertire la loro *partnership* in matrimonio: alle stesse è concessa sia l'adozione congiunta che la *stepchild adoption*.

In Germania, la legge per la cessazione della discriminazione nei confronti delle unioni di vita dello stesso sesso, la *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften* emanata in Germania il 16 febbraio 2001 ed entrata in vigore il 1° agosto successivo, nella sua versione originaria escludeva qualunque tipo di adozione. La riforma del 15 dicembre 2004, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, ha però consentito l'adozione del figlio biologico del convivente; essa prevede inoltre, all'art. 9, comma 1, che il convivente del genitore che abbia l'affidamento esclusivo di un figlio e che sia parte di un'unione registrata abbia il diritto di codecisione (*kleines Sorgerecht*) nelle vicende della vita quotidiana del bambino, in accordo con il genitore affidatario. Il 19 febbraio 2013 il *Bundesverfassungsgericht* ha esteso al componente della convivenza registrata la possibilità di adottare i figli già in precedenza adottati dal partner: la Corte Costituzionale di Karlsruhe accoglieva infatti il ricorso presentato da due donne talché, pur restando esclusa allo stato l'adozione congiunta, veniva ammessa nella circostanza la *sukzessivadoption*, l'adozione successiva. Il *Bundesverfassungsgericht*, sulla base della discriminazione operata dal diniego della possibilità di adozione per i minori coinvolti in *partnership* civili rispetto a quelli adottati normalmente da coppie sposate, dichiarava l'incostituzionalità della norma che limitava alle coppie sposate l'adozione successiva e, precisando che l'ammissione della *sukzessivadoption* non poteva essere interpretata come un aggiramento del divieto per le coppie omosessuali di adottare un bambino, assegnava il termine del 30 giugno 2014 al legislatore per adottare i provvedimenti conseguenti. Il legislatore tedesco, con la riformulazione dell'art 9, comma 7, *LPartG* ha ottemperato all'invito del Tribunale ammettendo esplicitamente anche la c.d. adozione successiva.

L'adozione dei PACS avvenuta in Francia nel 1999, pur essendo il *Pacte Civile de Solidarité* aperto a partner sia *same sex* che eterosessuali, non consentiva tuttavia a tali coppie l'adozione.

L'avvenuta estensione del matrimonio anche alle coppie omosessuali, tramite la *Loi Taubira - Marriage pour tous* del 2013, consente oggi a tutti i coniugi tanto l'adozione congiunta che l'adozione del figliastro.

¹³ Discorre di *filiazione vissuta* M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in questa rivista, maggio 2013, con riferimento a *la montée du fait dans le droit de la filiation* (cfr. P. MURAT, *L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état*, in *Dir. fam.*, 2006). L'importanza centrale del fatto attua oggi il capovolgimento prospettico nella relazione tra categorie giuridiche e fatti socio-economici; la rilevanza del fatto che condiziona il diritto, per autorevole dottrina, è chiaro sintomo della *fattualità del diritto* (cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, 10).



STUDI E RICERCHE

NOTA A CASSAZIONE, 16 APRILE 2015, N. 7821 E 02 SETTEMBRE 2015, N. 17459.

RIFLESSIONI IN TEMA DI DONAZIONE *IN FIERI*, USUCAPIONE E INTERVERSIONE DELLA DETENZIONE IN POSSESSO

CARLO D'ORTA*

SOMMARIO: 1. Inquadramento. - 2. La proposta di donazione e usucapione: presupposti da cui si è mossa la Corte di Cassazione nella sentenza del 16 aprile 2015, n. 7821. - 3. Sulla interversione della detenzione nel possesso. - 4. Le ulteriori gradazioni della detenzione. - 5. Il primo comma dell'art. 1141 c.c.: la presunzione di possesso e la prova contraria. - 5.1. (Segue) Il comma secondo e il principio della interversione nel possesso. - 6. Alcuni brevi spunti comparatistici. - 7. La promessa di donazione e usucapione: la sentenza della Corte di Cassazione, 2 settembre 2015, n. 17459.

1. Nel corso del 2015 la Corte di Cassazione è intervenuta autorevolmente con due distinte pronunce riguardanti questioni che hanno avuto ad oggetto prevalentemente i temi delle donazioni *in fieri* e dell'usucapione.

La prima di queste risale alla data del 16 aprile 2015, n. 7821, ove la Suprema Corte si è espressa sulla idoneità di una proposta di donazione non seguita da notificazione della relativa accettazione¹ a trasferire il possesso *ad usucapionem*² in capo all'*accipiens*. La seconda

* Ricercatore di Diritto privato presso l'Università degli Studi Link Campus di Roma (Hc.dorta@unilink.it).

¹ In dottrina, per quanto attiene il perfezionamento del contratto di donazione *ex intervallo* tra persone lontane, dove proposta ed accettazione sono contenute in atti pubblici differenti e successivi, v. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, A. FERRUCCI e C. FERRENTINO (a cura di), Milano, 2009, 1528-1529. Ancora, A. VENDITTI, *La forma dell'accettazione (l'accettazione non espressa e la non necessità dei testimoni)*, in *Le donazioni*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, G. BONILINI (diretto da), Milano, 2009, 740 ss.. Per i suoi riflessi sull'esercizio della funzione notarile, specie con riferimento alle questioni in tema di dichiarazioni richieste dalle leggi sul condono edilizio, G. CASU, *Donazione con accettazione separata e autocertificazioni di parte richieste a pena di nullità*, in *Vita not.*, 1999, 1075; in *Studi e materiali*, 2001, 277; G. TRAPANI, *La circolazione giuridica dei terreni*, Milano, 2007, 285 ss.; G. SANTARCANGELO, *Condono edilizio*, Milano, 1991, 393 ss.



del 2 settembre 2015, n. 17459 ha definito i presupposti per il realizzarsi di situazioni che possano dar luogo all'acquisto della proprietà a titolo di usucapione, a seguito della proposizione di una promessa di donazione³.

Stante le evidenti affinità tematiche intercorrenti tra le richiamate pronunce, si è ritenuto opportuno, in questo studio, offrire una lettura combinata delle due sentenze al fine di effettuare, *in primis*, una ricostruzione unitaria delle questioni di fatto in esse presenti e, in secondo luogo, calare tali vicende in singoli scenari e motivi di diritto che hanno dato luogo alle decisioni gli Ermellini. Decisioni che sembrano essere l'una la premessa dell'altra. Una tale impostazione ha consentito di avanzare alcune considerazioni sui temi proposti dalla presente trattazione e approfondire alcuni nessi funzionali e sostanziali che *naturaliter* rinviano ai prevalenti orientamenti presenti in dottrina e in giurisprudenza

² Sul tema, in letteratura, cfr., DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in *Trattato di diritto immobiliare*, G. VISENTINI (diretto da), *I beni e la proprietà*, t. 2, Padova, 2013, 1433 ss.; GENGHINI, CAMPANILE e CRIVELLARI, *I diritti reali*, Padova, 2011, 651 ss.; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2007, 354 ss. Mentre, in giurisprudenza, v., Cass., 23 aprile 2014, n. 9216.

³ Il tema della promessa di donazione è da sempre risultato di ardua comprensione e, come rilevato da autorevole dottrina, v. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1621, *ivi* per i relativi riferimenti bibliografici, parte della dottrina e la costante giurisprudenza ne negano la validità, mentre altra parte della dottrina la considera ammissibile. Per la negativa, in particolare, Cass., Sez. Un., 17 dicembre 1975, n. 4153, in *Giur. it.*, 1976, 1913; Cass., 18 dicembre 1996, 11311, in *I Contratti*, 1997, 460, con nota di G. BONILINI, *Preliminare di donazione da parte di enti pubblici*; Trib. Verona, 13 giugno 2000, in *Foro it.*, 2002, I, 3423, con nota di B. TASSONE, *Qualche apertura sul preliminare di donazione?* In dottrina, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 182. Per la positiva, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1953, 569; P. BERTUSI NANNI, *Note sul contratto preliminare di donazione*, in *Riv. not.*, 1984, 123; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1961, 1005 ss.; G. BISCONTINI, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 592 ss. In giurisprudenza, negli stessi termini dell'ammissibilità, Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 2071, con nota critica di G. DI MARTINO, *Preliminare di donazione e donazione obbligatoria*. Per ulteriori spunti riflessivi, G. BONILINI, *Preliminare di donazione*, G. BONILINI (diretto da), *Le donazioni*, in *Tratt. dir. succ. don.*, Milano, 2009, vol. VI, 637 ss.; M. FRANZONI, *Il preliminare di donazione*, in *I contratti donazione*, in *Tratt. dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), A. PALAZZO (a cura di), Torino, 2009, 367; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. CICU e F. MESSINEO (diretto da), Milano, 1956 (2006), 295; C. SCOGNAMIGLIO, in *Il contratto in generale*, in *Le obbligazioni*, in *Diritto civile*, vol. 3, N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), A. ZOPPINI (coordinato da), Milano, 2009, 248.



2. Innanzitutto, procedendo con ordine e muovendo dalla analisi della prima pronuncia in commento, sembra opportuno, *prima facie*, ricostruire la fattispecie oggetto della sentenza della Suprema Corte del 16 aprile 2015, n. 7821. In tale sede, deve essere specificato che l'intera vicenda ha avuto corso allorché Tizio ha convenuto in giudizio congiuntamente il Parroco di un Comune ed il Vescovo della relativa Diocesi, per ivi sentirli condannare al rilascio di un fabbricato adibito a chiesetta. Nel costituirsi, i convenuti eccepiscono il difetto di legittimazione passiva, affermando che il fabbricato, già oggetto di donazione non perfezionata in favore della Diocesi (...), era posseduto dall'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero (...), al quale era pervenuto per effetto della L. n. 222 del 1985, dopo che la Diocesi (...) ne aveva acquistato la proprietà per effetto di possesso ultraventennale. Essi, pertanto, chiedevano il rigetto della domanda, ed, in via riconvenzionale, la declaratoria di usucapione.

Il procedimento successivamente ha prodotto una sentenza di primo grado, nella quale il Tribunale territorialmente competente ha respinto le pretese attoree dichiarando l'intervenuta usucapione dell'immobile.

Decisione, questa, riformata nel corso del giudizio d'appello attraverso un provvedimento che ha visto condannato l'Istituto diocesano al rilascio del bene.

La Corte, sebbene abbia valutato che il bene è rimasto nella disponibilità di fatto della Diocesi per oltre vent'anni, ha rilevato che *«tale relazione di fatto era qualificabile come semplice detenzione e non come possesso utile all'usucapione, avendo avuto origine in vista del perfezionamento dell'atto di donazione (...) rimasto privo di effetti per la mancata formalizzazione dell'accettazione»*¹.

La causa giunge in ultima analisi dinanzi la Corte di Cassazione che, approfonditi i motivi di diritto e di fatto a sostegno delle precedenti decisioni ha inteso focalizzare la propria attenzione su alcuni fondamentali profili, tra i quali si riscontrano in particolare:

a) la esistenza di un rapporto tra il soggetto e il bene nel periodo in cui il contratto di donazione è <in via di formazione>, per essere la convenzione in attesa dell'accettazione del donatario.

A tal proposito, la Corte ha qualificato in termini di detenzione – non già di possesso –, la relazione di fatto che si instaura tra il soggetto e la *res* a seguito di una proposta di donazione, non seguita dalla notificazione dell'accettazione del donatario.

La Corte ricorda nella pronuncia come *«in base all'espresso disposto dell'art. 782 c.c., comma 2, l'accettazione della donazione può essere fatta nello stesso atto pubblico della donazione, ovvero con atto pubblico posteriore, nel qual caso la donazione può ritenersi perfezionata solo nel momento in cui l'accettazione del donatario è notificata al donante. La notificazione dell'accettazione della donazione - stabilita, dall'art. 782 c.c., comma 2, per i casi in cui proposta ed accettazione siano contenuti in atti distinti - costituisce, pertanto, requisito indispensabile per la perfezione del relativo contratto che, quindi,*

¹ «... ad avviso del giudice del gravame, la correlazione tra il conseguimento della detenzione e l'atteso perfezionamento dell'atto di donazione, nonché la consapevolezza della portata meramente fattuale della detenzione rispetto al trasferimento della proprietà, che poteva derivare solo dal pieno esplicarsi degli effetti dell'atto di liberalità, rendeva evidente che il rappresentante della Diocesi, al momento in cui aveva avuto origine la relazione di fatto con l'immobile, non aveva assunto l'atteggiamento psicologico proprio di un possessore, ma aveva riconosciuto il mantenimento della titolarità del bene in capo all'alienante. La Corte di Appello, inoltre, escludeva che si fosse verificata una *interversio possessionis*, non potendo ritenersi tale né la disponibilità dell'immobile per il culto o la sua manutenzione e pulizia, né la recinzione dell'orticello di pertinenza, che costituivano manifestazione di semplice detenzione».



prima di essa non può considerarsi ancora concluso (cfr., Cass. 14-3-1977 n. 1026²); sicché tale notificazione non può essere ritenuta come una mera condizione di efficacia del contratto, bensì come elemento conclusivo di una fattispecie a formazione progressiva. Nel caso in esame, di conseguenza, poiché al momento in cui il convenuto ebbe a conseguire il godimento dell'immobile il contratto di donazione, in mancanza di accettazione del donatario, non poteva ritenersi ancora perfezionato, ma era in via di formazione, correttamente la Corte distrettuale ha qualificato la relazione di fatto instauratasi tra l'Ente e il bene per cui è causa in termini di detenzione e non di possesso».

In secondo luogo, gli Ermellini hanno dovuto approfondire il tema

b) della diversa rilevanza del contratto di donazione nullo – per difetto di forma –, rispetto al contratto di donazione *in fieri*, ai fini dell'acquisto di un bene a titolo di usucapione.

Su questo specifico punto, la Corte di Cassazione, ricorrendo alla applicazione di un suo precedente indirizzo³ ha precisato che «l'atto di donazione nullo, in quanto privo della forma richiesta dalla legge (art. 782 c.c.), costituisce, dal punto di vista materiale (...), fatto certamente idoneo a trasferire o costituire in favore del donatario il possesso del bene, atteso che con la sua accettazione questi manifesta univocamente la propria intenzione di considerarsi proprietario⁴». Diversamente, «nel tempo in cui il contratto è in via di formazione, per essere la convenzione in attesa dell'approvazione di altro soggetto, deve, di per sé, riconoscersi in capo all'accipiens solo l'*animus detinendi*, non l'*animus possidendi*, proprio in ragione del previsto iter contrattuale, che non giustifica nel soggetto in attesa della definizione dell'acquisto un elemento psicologico diverso da quello proprio del detentore qualificato⁵».

Temi, questi, che hanno imposto una analisi approfondita dell'articolato tema

c) della interversione della detenzione in possesso

Questione particolarmente delicata che la Corte affronta in modo prevalente nel corso della decisione ricordando come, secondo un suo consolidato indirizzo⁶, la interversione

² Cass., 14 marzo 1977, n. 1026, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Donazione*, 8.

³ Cass., 11 giugno 2010, n. 14092, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 6; Cass., 6 agosto 2004, n. 15145, in *Riv. giur. ed.*, 2005, I, 451; Cass., 27 gennaio 1983, n. 741 in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 1. Ancora, negli stessi termini, Cass., 27 maggio 2010, n. 13008 in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 826. Più di recente, anche Cass., 4 giugno 2013, n. 14115, in *Foro it.*, 2014, I, 545. In letteratura, sull'argomento, spostando per un istante l'asse del ragionamento dalla sentenza in commento, si consideri, per finalità più espositive che concettuali, che, ad esempio, taluna Autorevole dottrina, in linea con la giurisprudenza di legittimità, ha rilevato che «Anche dopo l'invalido trasferimento della proprietà, l'accipiens può possedere il bene *animo domini*; ed anzi, proprio la circostanza che la *traditio* sia eseguita in virtù di un contratto di divisione che, pur invalido, era comunque volto a trasferire la proprietà del bene, è reputata dalla Cassazione elemento idoneo a far ritenere che il rapporto di fatto instauratosi tra l'accipiens e *lares tradita* fosse sorretto dall'*animus rem sibi habendi*» M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2011, 1818. Il riferimento è a Cass., 29 gennaio 1999, n. 815. Sul punto, cfr. Cass., 29 luglio 2004, n. 14395, in *Mass. giust. civ.*, 2004. Tale conclusione sembrerebbe essere in linea con quanto già sostenuto dalla medesima Corte di Cassazione, quando, in una risalente pronuncia, evidenziava come «nei confronti di chi acquista per usucapione da chi non aveva alcun titolo o un titolo inesistente, la declaratoria di nullità, se vale ad eliminare l'apparenza del titolo del dante causa, non può incidere sulle situazioni giuridiche che trovano tutela indipendentemente dall'esistenza del titolo dichiarato nullo» Cass., 7 maggio 1974, n. 1292, in *Giust. civ.*, I, 1974, 1752, con nota E. ALVINO, *Inopponibilità al terzo usucapiente della trascrizione della domanda di accertamento della nullità di atti soggetti a trascrizione*.

⁴ Cass. 16-4-2007 n. 9090.

⁵ Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 855.

⁶ Cass., 15 marzo 2010, n. 6237, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, 372; Cass., 29 gennaio 2009, n. 2392, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Possesso*, n. 7; Cass., 1 luglio 2004, n. 12007, in *Rass. loc. cond.*, 2004, 191, con nota M. DE



«non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione al precedente “animus detinendi” dell’“animus rem sihi habendi”. Tale manifestazione deve essere rivolta specificamente contro il possessore, in maniera che questi sia posto in grado di rendersi conto dell’avvenuto mutamento, e quindi tradursi in atti ai quali possa riconoscersi il carattere di una concreta opposizione all’esercizio del possesso da parte sua». E, pertanto, alla luce di tali principi e in base alle precedenti argomentazioni, la Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, giudica la decisione impugnata immune da censure, e rigetta il relativo ricorso, non ravvisando nel donatario l’atteggiamento psicologico proprio del possessore pieno, tenuto conto di poter riconoscere in capo all’*accipiens* soltanto “l’*animus detinendi*”, e non già “l’*animus possidendi*”, essendosi in presenza di un contratto in via di formazione, dove la posizione soggettiva del donatario risulta essere «paragonabile» a quella del promittente acquirente che ottenga la consegna del bene in attesa della stipula del contratto definitivo. Né sussistono, secondo la Corte, «i presupposti necessari per considerare intervenuta l’interversione del possesso, da un lato, perché l’erezione della parrocchia e la destinazione al culto della chiesetta, per la loro pubblicità, non concreterebbero di per sé un atto di interversione del possesso; dall’altro, perché la destinazione di un immobile all’esercizio di culto è compatibile con l’appartenenza del bene a privati (art. 831 c.c., comma 2, c.c.), e, pertanto, non sembra possibile ravvisare «nelle attività indicate dal ricorrente l’esternazione, inequivoca e riconoscibile dall’avente diritto, di pretese dominicali sul bene, trascendenti i limiti della detenzione ed incompatibili con il possesso del titolare del diritto reale, come tali idonee ad integrare gli estremi di un atto d’interversione, ai sensi dell’art. 1141 c.c., comma 2»⁽¹⁰⁾. Fin qui la decisione della Corte di Cassazione, 16 aprile 2015, n. 7821.

TILLA, *Sugli atti di interversione del possesso non rileva la volizione interna*; Cass., 17 aprile 2002, n. 5487, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 658; Cass., 12 maggio 1999, n. 4701, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1065; Cass., 29 ottobre 1999, n. 12149, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2165. Sul tema, in letteratura, P. PAOLA, *L’usucapione*, Padova, 2011, 50 ss.; L. LUPI, *Il potere di fatto sulla cosa*, in AA. VV., *Proprietà e diritti reali*, III, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, P. CENDON (a cura di), Torino, 2012, 268; per una ricca appendice casistica giurisprudenziale, R. MAZZON, *Il possesso*, Padova, 2011, 30 ss. Si veda anche Cass., 19 dicembre 2011, n. 27251, in *Hwww.neldiritto.it*H: «L’interversione della detenzione in possesso può avvenire anche attraverso il compimento di sole attività materiali, se esse manifestano in modo inequivocabile e riconoscibile dall’avente diritto l’intenzione del detentore di esercitare il potere sulla cosa esclusivamente ‘*nomine alieno*’, vantando per sé il diritto corrispondente al possesso in contrapposizione con quello del titolare della cosa». Nella specie, «La costruzione di un organismo edilizio nuovo, realizzato dal detentore di un terreno su propria iniziativa, senza consenso, quanto meno tacito, dei proprietari, i soli legittimati al compimento di attività edificatorie sul fondo, costituisce un comportamento suscettibile di manifestare pretese dominicali sul bene, trascendenti i limiti della detenzione, sia pur qualificata, incompatibili con il possesso del titolare del diritto reale, come tali idonee ad integrare gli estremi di un atto d’interversione ai sensi dell’art. 1141, comma 2, cod. civ.»



3. Il tema appena proposto – solo in via preliminare – della intervensione della detenzione nel possesso, come accennato al termine del precedente paragrafo, ha prodotto, nei tempi, molteplici riflessioni che sono l'esito di approfondimenti offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Le posizioni dagli studiosi che si riscontrano in questa materia spesso si sono alternate e contrapposte tra di loro ma, nonostante ciò, hanno avuto tutte il merito di innescare dei percorsi di approfondimento che hanno chiarito il senso della lettera dell'art. 1141, comma 2 c.c.

Sembra certamente condivisibile l'idea di approntare, per l'istituto in esame, una lettura in combinato dell'articolo 1140, comma 2 (che esclude la sussistenza del possesso se questo prescinde da una detenzione propria o altrui [cfr. artt. 931, 982, 1141, 1597, 1780]), con l'articolo 1141, primo comma (che, viceversa, fa presumere il possesso in chi eserciti il potere di fatto sulla cosa – sempre che non risulti provato da parte di chi ne abbia interesse). Questa impostazione propone una interazione funzionale tra il possesso e la detenzione, benché sia palese la prevalente considerazione che il legislatore codicistico ha verso la situazione del possesso. E la predilezione del Legislatore verso il possesso come situazione di fatto, ovvero <*possessio autem plurium facti habet*>, trova riscontro nella storia dei due concetti, e nonostante la sistemazione proposta dal codice e dalla quale affiora la portata interattiva dei due istituti, questa non appare di per sé idonea a restituire una *definitio* della detenzione. Di talché, all'esito della lettura di tradizionali posizioni concettuali, è legittimo ritenere che la detenzione costituisca il risultato di una divaricazione, ovvero della sussistenza del *corpore possidere* e della assenza dell'*animus rem sibi habendi*.

Rileva, pertanto, in capo al detentore la situazione di materiale disponibilità del bene, scevra di *animus possidendi*, con il che, in assenza di *animus possidendi*, si giunge a rafforzare l'accezione di detenzione nel senso di *possessio pro alieno* e l'elemento psicologico sovviene, benché si presenti la volontà a tenere la cosa: il così detto, l'*animus detinendi*¹

Ove sovvenga l'*animus detinendi* sarà possibile utilizzare gli strumenti idonei ad arginare l'intromissione dei terzi, così da consentire al detentore di neutralizzare l'altrui iniziativa. Il nesso – sistematico e funzionale – intercorrente tra possesso e detenzione esalta la 'strumentalità' del raccordo delle due figure e l'ordinamento assume che il possessore resti tale, benché altri sia a beneficiare della immediata disponibilità di fatto della cosa. E la strumentalità di questo nesso emerge, con maggior vigore, se si valuti ferma l'interazione della detenzione col possesso e, allo stesso modo, fermo il rapporto tra il detentore e il possessore. (...)

Pertanto, se il possesso si estrinseca nell'intento di tenere per sé la cosa da parte del proprietario, o del titolare di altro diritto reale, in via esclusiva (*animus possidendi* o *animus rem sibi habendi*), in assenza di preminenza sulla cosa stessa da parte di terzi così da escludere posizioni, e relative pretese, altrui incompatibili con la propria; la detenzione deve considerarsi come un potere di fatto che non attiene all'intento di svolgere attività afferenti all'esercizio del diritto reale e che, per effetto, deve manifestarsi nel rapporto di mera contiguità fisica con la cosa, rapporto corredato dalla consapevolezza dell'impossibilità di vantare alcun diritto su questa stante la titolarità del diritto in capo ad altri².

¹ MONTELL, *Il possesso*, *Trattato dir. civ. it. Vassalli*, V,4, n. 27.

² SATURNO, in STANZIONE, *Manuale diritto privato*, 514.



Resta quindi salda – come è stato detto – la posizione preminente del possessore e la visuale teoretica prevalente rimanda al rilievo dell'elemento intenzionale, più esattamente, alle variazioni dell'elemento intenzionale in capo a chi sia nella attuale materiale disponibilità della cosa conseguendone, a seconda delle circostanze, la qualificazione della situazione come possesso, o come detenzione.

Si impegna, seguendo una prima visuale dottrinale, il terreno della detenzione esercitando un mero potere di fatto (ovvero il *corpus*) accompagnato da un intento (*animus*) diverso da quello proprio del possesso³, ovvero, disponendo della cosa con intento di riconoscere una situazione peggiore altrui nei riguardi della cosa stessa (*laudatio possessoris*), tale rapporto di contiguità fisica fornito di *animus* speciale (*animus detinendi*)⁴. (...) Di contro, altra dottrina, relegando sullo sfondo l'elemento volontaristico, assume che la qualificazione in termini di possesso, o di detenzione, dipende dalle modalità del comportamento del soggetto che della cosa abbia la materiale disponibilità, per effetto, dalla corrispondenza con le modalità tipicamente caratterizzanti i diversi rapporti nella realtà sociale⁵.

I termini della dialettica dottrinale si svolgono secondo linee concettuali definite e interloquisce con la visione tradizionale, che ha il pregio di ridurre le complessità insistendo nel rilievo dell'aspetto soggettivo, *animus detinendi*, volontà di tenere la cosa per altri⁶, e declinando l'aspetto oggettivo quale carattere di reale distinzione tra possesso e detenzione, altra visuale orientata, piuttosto, a vanificare l'apporto dell'elemento psicologico⁷, la volontà di possedere, affinché possa realizzarsi l'esercizio del diritto reale⁸.

A seguire tale ultima impostazione il requisito intenzionale peccherebbe di stabilità, e di continuità, non perdurando per il tempo del possesso, o anche, non contestualizzandosi al possessore allorché sovvenzano talune circostanze (stato dormiente del possessore, insanità mentale, possesso di cose ignote o dimenticate), viceversa, accreditandosi il titolo, nel senso di potere di fatto (art. 1141, primo comma), quale effettivo requisito del possesso e della detenzione⁹ (si adducono indici di pragmaticità a sostegno -pagamento di canoni, tasse, imposte, richiesta di autorizzazioni -, così che il giudice dovrà attenersi agli elementi esterni evitando di esprimersi sull'*animus*). Una dottrina – quella appena proposta – ispirata ad una concezione così detta 'oggettiva' che implica alla detenzione la relazione intrattenuta con la cosa, una relazione che rimanda a un titolo originario determinativo di obbligazione in capo all'agente, o conferente diritto personale di godimento¹⁰, e l'*animus (possidendi o detinendi)*, se mai, individua il criterio giustificativo, *ex postea*, della sussistenza del possesso o della detenzione¹¹.

I tratti aporetici che segnano le posizioni dottrinali, fin qui emerse, si traducono in sostanziali antitesi concettuali. Propendere per la visuale oggettiva è leggere, al lume di questa, il tradotto casistico: a) quanto allo *status* giuridico del compratore con riserva di

³ MONTEL, *Il possesso*, 31.

⁴ MESSINEO, *Manuale dir. civ. comm.*, 2, 260.

⁵ sui termini della disputa, v. BOCCHINI, *Diritto privato*, 487.

⁶ CESAREO, CONSOLO, *Trattato, teor.-part. del poss. e delle az. poss.*, 93.

⁷ FUNAIOLI, *L'animus nel poss. e il dogma della vol.*, *Giust. Civ.* 1951, 28.

⁸ DE MARTINO, *Del possesso, Comm. Scialoja, Branca, lb. III*, sub art. 1140, 518.

⁹ BIANCA, *Diritto civile*, 6, 725.

¹⁰ GIUSTI, *Le az. possess.*, *Comm. Schlesinger*, 92 s.

¹¹ Cass., n. 7142/2000; Cass. n. 5500/1996; Cass., n. 4698/1987.



proprietà in ordine al bene ricevuto in consegna, la differenza di qualifica – possesso o detenzione - attiene alla situazione di diritto sussistente nell'arco temporale tra il tempo della conclusione del contratto e quello del pagamento dell'ultima rata del prezzo¹²; *b*) quanto al soggetto che abbia ricevuto la consegna del bene, all'esito di un contratto preliminare ad effetti anticipati, questi, di certo, si intende detentore¹³; *c*) quanto alla convivenza *more uxorio* è detentore qualificato il convivente che eserciti l'uso dell'abitazione, o l'uso di altri beni, del compagno/a¹⁴.

¹² SACCO-CATERINA, *Il possesso*, Trattato Cicu, Messineo, 122.

¹³ DE MATTEIS, *La contrattaz. prel. ad eff. anticip.*, 51 ss.

¹⁴ ALCARO, *Il possesso*, cit., 98.



4. Esaurito l'inquadramento teorico dell'istituto, secondo la lettura prospettata dall'articolo 1141, comma 2 c.c., sembra opportuno, in questo momento della trattazione, tentare di dar rilevanza ad alcuni nessi che possono rinviare alla situazione della detenzione, e, pertanto, a talune situazioni tra di loro non omogenee che inquadrano la detenzione in dinamiche del tutto differenti rispetto alla fisionomia finora descritta.

Si tratta di ipotesi che generano vere e proprie 'gradazioni'¹ della disciplina in esame e che devono rappresentarsi nel modo che segue:

a) detenzione qualificata e non qualificata.

Mentre la detenzione 'qualificata' rinvia alla ipotesi di chi abbia un interesse proprio e diretto sulla cosa e fondi il titolo su un diritto personale di godimento del bene, o anche, se ricorra diverso titolo, che conferisca un potere di gestione nell'altrui interesse; la seconda, invece, è riconducibile alla situazione di colui che ha un potere sulla cosa nell'interesse di altri per il fatto che, tramite lui, detiene il *corpus*. A quest'ultima si fa riferimento nel caso di detenzione così detta 'disinteressata' perché l'interesse altrui assume contorni 'di servizio' coerente a un rapporto di dipendenza del detentore rispetto ad altro soggetto, o 'di ospitalità' (1168, secondo comma). Per effetto di tale circostanza, la detenzione resta improduttiva in capo al detentore, non già in capo a colui per il cui vantaggio il detentore opera.

Altra vicenda a cui la dicotomi rinvia alla prospettiva rimediabile. In tale circostanza spetta al detentore esperire l'azione di reintegrazione *erga omnes* se rilevi detenzione qualificata: possibilità, viceversa, preclusa al detentore non qualificato che, pur conservando strumenti di reazione allo spoglio operato dai terzi, risulta sfornito di armi di contrasto quando lo spoglio provenga dal possessore mediato².

Ancora, posto che la detenzione resta estranea, nella sostanza, alla disciplina del possesso (sufficiente dire che non costituisce titolo ai fini dell'usucapione) è pur vero che la detenzione qualificata - che nel rafforzamento della posizione del locatario rinviene la più ampia tutela³ -, prevede un proprio regime tutelare analogo a quello del possesso avvalendosi, il detentore qualificato, dell'azione di spoglio e potendo apprendere i frutti della cosa se in buona fede. Situazione-ponte, questa, 'punto di transizione'⁴ da una detenzione disinteressata a una detenzione 'interessata', che si profila nella circostanza in cui anche il detentore sia compartecipe degli interessi e detenere la cosa comporta l'adempimento di un obbligo che, se inadempito, espone a un carico di responsabilità: ora, gli interessi in gioco restano comuni, condivisi, interessando detentore e altro contraente;

Una seconda angolazione in cui si manifesta la detenzione potrebbe portare alla distinzione tra:

b) detenzione 'autonoma' e 'non autonoma', ipotesi differenti che scaturiscono rispetto al differente regime di responsabilità del detentore.

Una tale partizione prende vita dalla lettura dell'art. 1168 c.c., comma secondo, che esclude la legittimazione ad agire nei confronti del detentore non qualificato che ha presso di sé la cosa per servizio o per ospitalità: resta appurato che può ben verificarsi l'ipotesi di

¹ MESSINEO, *Man.*, 2, 261.

² Si osserva che lo spoglio a danno dal detentore che tenga la cosa, nell'interesse altrui, costituisce ostacolo all'adempimento di un obbligo e non già corrisponde all'attuazione del proprio diritto: GIUSTI, *Le az. pass.*, 94 ss.

³ BIANCA, *Dir. civ.*, 6, 727

⁴ MESSINEO, *Man.*, II, 262



detentori non qualificati – sovviene il caso del depositario -, e pure, insuscettibili di controllo da parte del possessore.

L'ultima distinzione attiene

c) alla detenzione così detta 'mediata', ipotesi che presenta forti attendibilità e fisionomia concettuale rispetto a talune figure.

Ne è esempio il caso della sublocazione per la quale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1168, comma secondo, legittimato all'esperimento dell'azione di reintegrazione è il conduttore-sublocatario: diversamente dal possesso, avvenuto lo spoglio, la tutela possessoria può essere solo invocata dal subconduttore se detentore.

5. Le considerazioni avanzate finora, tuttavia, non chiariscono del tutto gli scenari in cui si estrinsecano le situazioni del possesso e detenzione e, nel solco tracciato rileva, imprescindibilmente, il momento istitutivo per poter qualificare la situazione perdurante.

Seguendo questa scia, si afferma che il possesso, ai sensi del primo comma dell'art. 1141, sia rintracciabile in colui che eserciti il potere di fatto sulla cosa, quando non venga provato, da parte di chi vi abbia interesse, che si sia cominciato a esercitare semplicemente come detenzione (1168).

Il merito della disposizione si riscontra nello sforzo di sciogliere i nodi e ovviare alla difficoltà di inquadramento e di qualificazione del potere di fatto sulla cosa, nel senso del possesso o della detenzione, al riguardo, per opportune ragioni, si rimanda al momento iniziale, istitutivo: la prova attiene al momento iniziale e la situazione proseguirà come iniziata, considerato che la detenzione avrà modo di tramutarsi in possesso alle sole condizioni previste dal comma secondo dell'art. 1141.

I requisiti del possesso e della detenzione (potere di fatto, esercizio del diritto reale, *animus*, potere di fatto altrui) non riescono ad adeguatamente qualificare la situazione in quanto ben può accadere sopravvengano fatti impeditivi: tali quelli richiamati agli artt. 1141 ('*Mutamento della detenzione in possesso*'), 1144 ('*Atti di tolleranza*'), 1164 ('*Interversione del possesso*') c.c. Incombe sul soggetto interessato l'onere di provare il *consistat* dell'esercizio del potere di fatto altrui sulla cosa¹, e incombe sul possessore offrire prova del titolo del suo possesso².

Questo induce viepiù a considerare che la detenzione assume rilievo di per sé, situazione in quanto tale – sino a che non vi osti altra situazione di maggior rilievo, così che, al di fuori di tale circostanza, non appare agevole distinguere la detenzione dal possesso benché si presumi sussista il possesso (art. 1141, primo comma) –, così che, iniziare a esercitare il potere di fatto come situazione di detenzione comporta perseverare nella stessa, salvo mutamento del titolo (art. 1141, cpv).

A propiziare la prova contraria, ex art. 1141, primo comma, valgono le presunzioni semplici, o anche, l'unica presunzione grave e circostanziata – quella che Cass. 85/3721 indica, situazione conclamata, nella cura della denuncia di successione e nel pagamento delle imposte da parte del soggetto che eserciti il potere di fatto per incarico, e/o per interesse, degli eredi proprietari del fondo da lui stesso occupato -, né valgono, a tali fini, le mere dichiarazioni del possessore la cui veridicità, di volta in volta, è da appurarsi

¹ GENTILE, *Il possesso*, *Giur. sist. Bigliani*, 33 s.

² MONTEL, s.v. *Possesso*, *Nov. D.*, 356; DE MARTINO, *Del possesso*, *Comm. Scialoja, Branca*, 16.



applicandosi un criterio di valutazione obiettivo circa il rilievo sociale della condotta tenuta (v., Cass., n. 80/1172).

5.1. La situazione di detenzione, invece, non potrà mutarsi in possesso sino a che non si addivenga a mutamento del titolo per causa proveniente da un terzo – *constitutio possessionis, traditio brevi manu* – o in forza di un atto di opposizione – *contradictio* – eseguito dal detentore nei confronti del possessore, per via materiale (a titolo di esempio, il dichiarato rifiuto di restituire la cosa in prestito o affidata in deposito), o mediante dichiarazione non equivoca (l'atto giudiziale, la notificazione extragiudiziale diretta a rendere edotto il proprietario dell'intento di non riconoscere il suo diritto sulla cosa).

Tale il fenomeno della '*interversione del possesso*' - di cui all'art. 1141, comma secondo -, mutamento del titolo o della qualifica del possesso, che, a seguire una radicata impostazione, non potrebbe realizzarsi col solo mutamento di *animus* valendo la regola *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, e ciò, per ragioni di certezza essenziali nella tutela possessoria. Per effetto, la presunzione *iuris tantum*, di cui al comma primo dell'art. in oggetto, opera a favore di chi eserciti il potere di fatto sulla cosa, in ogni caso, a meno che altri non provi che abbia iniziato a esercitare tale potere semplicemente come detenzione³, o che la relazione consegua a mera tolleranza⁴, essendo irrilevante che l'esercizio del potere venga continuato come detenzione. Per tale meccanismo di *mutatio* si parla in dottrina di *interversione* anche se, pertinentemente, il codice riserva tale termine, densamente tecnico, alla fattispecie regolata dall'art. 1164 (*'interversione del possesso'*) inclinando, all'art 1141, comma 2, nella restituzione letterale effettuata, per la formula '*mutamento della detenzione in possesso*'.

A seguire la dottrina determinata a sottacere il ruolo dell'*animus detinendi* quale presupposto qualificante la situazione di detenzione, il disposto dell'articolo in oggetto restituisce conferma della impossibilità di conferire decisivo peso all'elemento intenzionale, almeno di per se stesso, fondando sul fatto che, nella prospettiva di modificare la situazione come all'inizio posta, non sarebbe stato bastevole il mutamento meramente psichico rendendosi necessario un evento modificativo esteriore⁵.

La conferma è data dalla circostanza che, iniziata la situazione come detenzione – la prova della detenzione attiene al titolo in forza del quale il soggetto abbia conseguito la materiale disponibilità della cosa –, il possesso potrà acquisirsi solo in conseguenza di mutazione del titolo, e tale torsione, dallo stato di detenzione nello stato di possesso, ai sensi dell'art. 1141, comma secondo, potrà verificarsi in ragione di un duplice ordine di possibilità, in alternativa: a) causa proveniente da un terzo che affermi di essere proprietario della cosa, o titolare di un diritto reale, e trasferisca il diritto di proprietà, o il diritto reale, al detentore⁶; b) opposizione (*contradictio*) del detentore rispetto al possessore (con decorso di effetti da tale momento) che si concreta nel partecipare al proprietario, in qualsiasi modo -

³ Cass., 06/7817; 07/144

⁴ Cass., 95/1243

⁵ F. BOCCHINI, *Dir. priv.*, 487.

⁶ All'uopo, la Suprema Corte ha ritenuto di dover intervenire al fine di chiarire che si intende '*per causa proveniente da un terzo*' < qualsiasi atto di trasferimento del diritto idoneo a legittimare il possesso, indipendentemente dalla perfezione, validità, efficacia dell'atto medesimo, compresa l'ipotesi di acquisto dal titolare solo apparente > [Cass., 90/11691].



mediante atto giudiziale che stragiudiziale, mediante atti univoci anche della più diversa natura (es. rifiuto di restituzione) -, l'intenzione di non continuare a tenere la cosa nella qualità di detentore in nome del proprietario (*nomine alieno*), bensì di voler esercitare il possesso per conto e in nome proprio (*nomine proprio*)⁷

Atto di opposizione produttivo di interversione del possesso che si intende come atto giuridico unilaterale di affermazione del proprio possesso, e di negazione dell'altrui possesso. La costruzione moderna - in contraddizione col concetto romanistico della immutabilità del titolo <*nemo sibi causam possessionis mutare potest*> - consente la conversione della detenzione in possesso per iniziativa del detentore, ed è altrettanto evidente che il mutamento di *intimus sensus* - *animus detinendi* in *animus possidendi* - non rilevi se resti interiorizzato e circoscritto alla sfera soggettiva del detentore, non ravvisabile né controllabile, esigendo opportuna, in realtà, necessaria esteriorità⁸. Ipotesi di spoglio, l'interversione contemplata all'art. 1141, comma 2, torna all'art. 1164 c.c., ove si dispone, in difetto di sussistenza delle medesime circostanze di cui all'art. 1141, comma 2, che, colui che eserciti sulla cosa il potere spettante al soggetto esercente un diritto reale su cosa altrui non può autonomamente modificare, nella sfera psichica interna, la causa, o il titolo, del suo possesso, così da trasformare in possesso a titolo di proprietà (*animo domini*) e invocare l'usucapione. Legittimo desumere che le varie e qualificate tesi circa la possibile derivazione dell'art. 1164 dall'art. 1141, secondo comma, rimarcanti la duplicazione dei contenuti normativi e la ripetizione dell'articolato⁹, perdono smalto ove si consideri che le fisionomie descritte agli articoli in oggetto non sono automaticamente sovrapponibili: all'art. 1141, comma 2 c.c. si contrappongono le figure della detenzione e del possesso che restano alternative rispetto all'intento sotteso all'esercizio del potere; all'art. 1164 rileva la contrapposizione di altre figure, possesso a titolo di proprietà e possesso a titolo di diritto reale limitato, differenti in ordine al contenuto dell'esercizio del potere. Di talché, l'art. 1141, comma 2 oppone divieto all'acquisto del possesso, l'art. 1164 non consente il maturarsi dell'usucapione pur senza pregiudizio degli altri possibili effetti dell'acquisto del possesso¹⁰. Da cui conseguono complicità ermeneutiche, in specie per quegli autori che valutino pleonastica la differenza delle disposizioni riguardo alle formule utilizzate, all'art. 1141, comma 2, e all'art. 1164, certo differenti, tuttavia, non al punto da condurre a sostanziale diversità di significati¹¹. (...) L'opposizione, *contradictio*, di cui all'art. 1141, comma 2, deve intendersi, dunque, quale manifestazione, espressa o tacita, della volontà di tenere la cosa da parte del detentore come cosa propria, per il tempo futuro, con esclusione di ogni pretesa rivendicabile, in ordine alla stessa, da parte del possessore mediato: atto recettizio, la *contradictio*, insuscettibile alla necessità di specifici requisiti di forma¹² che conferma l'esigenza di portare all'esterno l'avvenuta variazione del rapporto con la cosa¹³, ma non indirizzabile al soggetto che abbia il *corpus* in quanto inefficace di produrre acquisto del possesso, e viceversa, a tali fini efficace se rivolta al possessore mediato. (...) Si tende a

⁷ V., Cass., 95/1802; Cass. 92/6906.

⁸ Concetto ribadito da Cass., 09/3404 e Cass., sez. un., 08/7930.

⁹ DE MARTINO, *Il possesso*, 97 ss.; MASI, *Il possesso*, 448 ss.

¹⁰ GAMBARO, MORELLO, *Trattato dei dir. reali*, III, 406.

¹¹ D'AMELIO, *Del possesso*, *Comm. cod. civ., L.b. della proprietà*, 992; *contra*, GAMBARO, MORELLO, *Trattato dei dir. reali*, III, 407.

¹² Cass. 07/21252.

¹³ Cass., 06/12968



escludere, da gran parte di dottrina, che l'inadempimento di cui si macchi il detentore realizzi valida *contradictio*¹⁴ e, di sicuro, indebito è ritenere che l'inosservanza delle pattuizioni, su cui si fonda la detenzione, possa ritenersi idonea all'*interversio possessionis*.

Significativa l'esclusione della esperibilità dell'azione di spoglio nei confronti del detentore qualificato (comodatario, locatario, colono) che resista alla richiesta di rilascio del bene motivando con la persistenza del rapporto in forza del quale ebbe a conseguire la detenzione: l'orientamento della Suprema Corte, in materia di cessazione del rapporto di comodato per morte del comodante, è incontrovertito nel senso di escludere l'automatica variazione della detenzione della cosa in capo al comodatario, se questi ne conservi la materiale disponibilità, in possesso idoneo a maturare l'usucapione mancando un atto di interversione del possesso¹⁵. È significativo, ancora, è che non valga a commutare la situazione di detenzione, in situazione di possesso, il mancato pagamento del canone locatizio se questo non venga corredato da un atto di opposizione rivolto al possessore¹⁶.

¹⁴ Cass., 04/12007.

¹⁵ Cass. 93/1250; in dottrina, CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve cod. civ.*, 1163, che richiama MONTEL, *s.v. Possesso*, 370, per la irrilevanza del protrarsi dell'esercizio del potere sulla cosa all'indomani della cessazione del rapporto contrattuale da cui scaturiva la detenzione.

¹⁶ Cass. 86/5466



6. Senza addentrarsi in terreni che non attengono specificamente alla materia oggetto del presente studio, ma ad esclusivo titolo chiarificativo, può essere utile chiarire che la disciplina dell'interversione, come regolata nell'ordinamento italiano, rinvia all'impianto normativo dell'ordinamento francese che, nel XIX secolo, riconosceva nell'attività di usurpazione esercitata dal detentore una lesione che supponeva l'intervento della *complainte*. Tale posizione è stata superata nel tempo e – si osserva – molte e varie sarebbero state le variabili che avrebbero influito sulla mitigazione dell'interversione nell'ordinamento d'oltralpe¹. Tanto che, trascorsi gli anni '40 del novecento, in Italia si sarebbe consolidato l'orientamento di fattura prevalentemente giurisprudenziale – grande intensità di lavoro ascende alla Suprema Corte – spartiacque Cass. 50/201 – che coglieva coincidenze tra interversione e spoglio. In Germania sarebbe stata la figura della *Gewere* ad esser ritenuta di riferimento intendendo, con ciò, che il soggetto che avesse perduto la propria *Gewere* perdeva anche la tutela: la dottrina tedesca ne avrebbe tratto conclusioni singolari in materia di interversione proveniente dal '*Besitzer*' immediato e orientata contro il '*Besitzer*' mediato.

¹ CATERINA, SACCO, *Il possesso*, Trattato Cicu, Messineo, Mengoni, cont. Schlesinger, 223.



7. Le questioni finora affrontate vengono riproposte e ulteriormente chiarite dalla stessa Suprema Corte di Cassazione in una seconda sentenza datata 2 settembre 2015, n. 17459, pronuncia che, anch'essa, ha avuto ad oggetto la disamina del tema della promessa di donazione e usucapione. Sembra opportuno, a tal proposito, ricordare che i fatti di causa risalgono a quando Tizio decide di agire in giudizio per ivi sentire dichiarare l'acquisto per usucapione di un bene immobile - di cui era stata donata la nuda proprietà a Caio - sostenendo di averlo posseduto ininterrottamente *uti dominus*, e che lo stesso era stato promesso in donazione a lui e a sua moglie in cambio della assistenza ricevuta.

In primo grado, il Tribunale accoglie la domanda di Tizio, mentre, in seconde cure, la Corte territoriale di Appello la respinge, escludendo il possesso *ad usucapionem*, «*statuendo l'irrelevanza della prospettata promessa di donazione (in virtù di servizi da rendere) che, darebbe luogo – in astratto – ad una detenzione nomine alieno*».

La decisione della Corte di Appello viene confermata dalla Corte di Cassazione, la quale osserva come «*Per la configurabilità del possesso “ad usucapionem”, è necessaria la sussistenza di un comportamento continuo, e non interrotto, inteso inequivocabilmente ad esercitare sulla cosa, per tutto il tempo all'uso previsto dalla legge, un potere corrispondente a quello del proprietario o del titolare di uno “iusin re aliena” (“ex plurimis” Cass. 9 agosto 2001 n. 11000¹), un potere di fatto, corrispondente al diritto reale posseduto, manifestato con il compimento puntuale di atti di possesso conformi alla qualità e alla destinazione della cosa e tali da rilevare, anche esternamente, una indiscussa e piena signoria sulla cosa stessa contrapposta all'inerzia del titolare del diritto²*» (cfr. Cass., 11 maggio 1996 n. 4436³, Cass. 13 dicembre 1994 n. 10652). Sicché, prosegue la Corte di Cassazione, sia pure apoditticamente senza entrare nel merito della questione relativa alla validità della promessa di donazione⁴ - «*La domanda di usucapione è stata correttamente respinta in riferimento alla esclusione di un possesso ad usucapionem rispetto ad una prospettabile detenzione nomine alieno*».

Questa seconda pronuncia consente al lettore attento di effettuare alcune riflessioni poiché, in primo luogo, chiarisce le ragioni sostenute dagli Ermellini che, conformemente a quanto già statuito in Cassazione 16 aprile 2015, n. 7821, hanno ribadito come in presenza di un contratto di donazione non ancora perfetto, data la mancanza della notificazione al donante dell'atto pubblico di accettazione del donatario – come disposto ai sensi e per gli effetti dell'art. 782, comma 2, c.c. – vada riconosciuto in capo *all'accipiens* il solo *animus detinendi* e non *l'animus possidendi*, trattandosi di negozio traslativo non ancora venuto ad esistenza in quanto privo dell'elemento conclusivo di una fattispecie a 'formazione progressiva'. Questo tema ha mostrato come non possa costituire atto di interversione della detenzione in possesso, ai sensi dell'art. 1141, secondo comma, c.c., la destinazione di un immobile da parte del detentore ad esercizio di culto, trattandosi di attività compatibile con

¹ Su tale aspetto, la Corte in commento fa rinvio al suo precedente indirizzo, rilevando che «da interversione della detenzione in possesso può avvenire anche attraverso il compimento di attività materiali, se esse manifestino in modo inequivocabile e riconoscibile dall'avente diritto l'intenzione del detentore di esercitare il potere sulla cosa esclusivamente “*nomine proprio*”, vantando per sé il diritto corrispondente al possesso in contrapposizione con quello del titolare della cosa». Il riferimento è alle sentenze della Cass. 25 gennaio 2010 n. 1296, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 712, con nota I.L. NOCERA, *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi-morfologico funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*; Cass., 31 maggio 2006 n. 12968, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6).

² Cass., 11 maggio 1996 n. 4436, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 716.

³ Cass., 9 agosto 2001 n. 11000, in *Studium iuris*, 2002, 99, con nota di S. BOLOGNINI, *Usucapione*.

⁴ Cass. 13 dicembre 1994 n. 10652, in *Foro it.*, 1995, 143; in *Arch. loc.*, 1996, 222, con nota di L. ACCORDINO, *Installazione canna fumaria in edificio condominiale e distanze legali*.



l'appartenenza del bene a privati che, come previsto dall'art. 831, secondo comma, c.c., non manifesta in modo inequivocabile e riconoscibile dall'avente diritto pretese dominicali sul bene trascendenti i limiti della detenzione e incompatibili con il possesso del titolare della cosa.

Concludendo sembra condivisibile l'opinione di chi si spinge a considerare le due pronunce appena commentate come sinergiche, legate tra di loro, quasi come se fossero l'una la conseguenza dell'altra, vista l'identità dei fatti e dei motivi, nonché dei principi in esse contenuti, motivi che nella prima sentenza tendono a chiarire l'idea della inidoneità a trasmettere il possesso ad usucapionem in capo *all'accipiens* della donazione in fieri non perfezionata a causa della mancata notificazione dell'accettazione; mentre, la seconda sentenza, ha il merito di precisare che la promessa di donazione non può assolutamente dar luogo – in astratto – ad un *possesso ad usucapionem*, rispetto ad una prospettabile detenzione *nomine alieno*⁵, oltre a confermare la decisione della Corte territoriale di Appello di secondo grado.

⁵ In materia di contratto preliminare e di usucapione si segnalare che, di recente, la Suprema Corte, con la sentenza del 19 novembre 2015, n. 23673 ha disposto che il contratto preliminare, non seguito dal definitivo, non può intendersi come titolo per l'immissione in possesso *ad usucapionem*, giacché «l'art. 1140 cod. civ. ed i principi generali in materia di possesso non consentano la trasmissione del possesso per patto negoziale indipendentemente ed anteriormente alla trasmissione del diritto di proprietà o di altro diritto reale di cui esso costituisca esercizio». Questa sentenza si innesta nel consolidato *iter* intrapreso da Sezioni Unite, 27 marzo 2008, n. 7930 (note di S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare ed acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 286; G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1049; F. TOSCHI VESPASIANI, *La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle sezioni unite*, in *Studium iuris*, 2009, 1194 e 1327; R.P. PUCE, *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Corr. giur.*, 2008, 1097; F. CALISARI, *Lo smembramento del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 196; A. BALANTE, *Preliminare ad effetti anticipati e consegna del bene prima della stipula del definitivo*, in *I Contratti*, 2009, 527). Si ricorda che la Corte, in materia, chiarisce, rinviando anche a quanto sostenuto da autorevole dottrina, che “ciò che si trasferisce è solo l'oggetto del possesso, il quale, invece, non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per effetto di un negozio”, ovvero, che “l'acquisto a titolo derivativo del possesso è una espressione da usarsi solo in senso empirico e traslativo” e, di tal guisa, che “dalla stessa nozione di possesso, definito dall'art. 1140 cod. civ. come il potere sulla cosa che si manifesta in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale, si evince che esso non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto del quale esso costituisca esercizio”. Per semplicità, potrebbe dirsi che, la immissione nel possesso, all'atto del preliminare di vendita di immobile – immobile, la cui proprietà ed il connesso pieno possesso si trasferisce compiutamente solo con l'atto definitivo traslativo – non può costituire, di per sé, titolo idoneo abilitativo al fine di una eventuale usucapione del bene.



NOTE E RECENSIONI

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio	- Primo Presidente f.f. -
Dott. RORDORF Renato	- Presidente di Sez. -
Dott. DI PALMA Salvatore	- Consigliere -
Dott. BERNABAI Renato	- rel. Consigliere -
Dott. BANDINI Gianfranco	- Consigliere -
Dott. CURZIO Pietro	- Consigliere -
Dott. AMBROSIO Annamaria	- Consigliere -
Dott. VIRGILIO Biagio	- Consigliere -
Dott. SAN GIORGIO Maria Rosaria	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 26139/2010 proposto da:

S.P. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA P.L. DA PALESTRINA 47, presso lo studio dell'avvocato IOSSA FRANCESCO PAOLO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato DE GUGLIELMI ROBERTO, per delega in calce al ricorso;

ricorrente

contro

B.L., nella qualità di socio accomandatario e legale rappresentante della Bali s.a.s. di Bagnulo e C, B.A., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA EUSTACHIO MANFREDI 17, presso lo studio dell'avvocato ZEMA DEMETRIO, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato DE PASQUALE FRANCESCO, per delega a margine del controricorso;

controricorrenti

avverso la sentenza n. 1051/2009 della CORTE D'APPELLO di TORINO, depositata il 05/11/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/09/2014 dal Consigliere Dott. RENATO BERNABAI;

udito l'Avvocato Francesco Paolo IOSSA;

udito il P.M. in persona del Procuratore Generale Aggiunto Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 3 maggio 2006 il sig. S.P. conveniva dinanzi al Tribunale di Torino i sigg. B.L. e B.A., figli della propria sorella - in proprio, e la prima anche nella qualità di socia accomandataria della Bali s.a.s. di Bagnulo Luana & C. - esponendo - che la



predetta società, avente ad oggetto la gestione di un bar, era stata costituita formalmente dai soli convenuti, nelle rispettive vesti di accomandataria ed accomandante, per poter fruire degli incentivi per la giovane imprenditoria femminile;

- che peraltro egli aveva provveduto alla ristrutturazione dei locali, ai rapporti con i fornitori e prestato quotidianamente la propria opera nella conduzione del bar, fino al 31 ottobre 2002, data in cui aveva cessato la collaborazione, stante l'altrui rifiuto di consentirgli l'ingresso nella società.

Tutto ciò premesso, ritenuta la sussistenza dei requisiti dell'impresa familiare ex art. 230 bis cod. civ., chiedeva la condanna dei convenuti al pagamento della somma di Euro 11.362,00 a titolo di mantenimento e di Euro 71.233,00 quale quota del valore degli incrementi a lui spettante; oltre alla percentuale degli utili, da accertare in corso di giudizio.

Nel costituirsi ritualmente, i sigg. B.L. e A. eccepivano l'insussistenza dell'impresa familiare, incompatibile con la struttura societaria, e contestavano nei merito le avverse allegazioni sullo svolgimento concreto del rapporto.

Dopo l'assunzione di prova testimoniale e l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio contabile, il Tribunale di Torino con sentenza 14 novembre 2008 accertava la sussistenza di un'impresa familiare dal 2 novembre 1999 al 31 ottobre 2002 e per l'effetto condannava la sig.ra B.L. al pagamento della somma di Euro 22.356,43 a titolo di partecipazione agli utili e di Euro 47.500,00 quale incremento di valore dell'azienda; oltre interessi, rivalutazione e rifusione delle spese di giudizio.

Rigettava, invece, la domanda nei confronti di B.A., con compensazione delle spese di lite.

In accoglimento del successivo gravame, la Corte d'appello di Torino, con sentenza 5 novembre 2009, rigettava le domande; compensando per intero le spese dei due gradi di giudizio, in considerazione del contrasto giurisprudenziale vigente in ordine alla compatibilità dell'impresa familiare con la forma societaria.

Motivava.

- che meritava adesione l'indirizzo negativo sulla predetta questione di diritto, dal momento che solo nell'impresa individuale era configurabile la collaborazione lavorativa svolta da un familiare del titolare, oggetto di tutela legale; laddove il medesimo apporto, in ragione del vincolo di parentela, non era certo ipotizzabile in favore di una società, ma solo, eventualmente, di un singolo socio, cui non poteva però riconoscersi la qualità di imprenditore, presupposta dalla norma;

- che tale incompatibilità logica emergeva dalla stessa sentenza di primo grado, che aveva condannato al pagamento della quota degli utili e dell'incremento di valore dell'azienda la sola socia accomandataria: in tal modo, implicitamente negando la configurabilità del rapporto obbligatorio nei confronti di un imprenditore collettivo.

Avverso la sentenza, non notificata, il S. proponeva ricorso per cassazione in unico motivo, notificato il 4 novembre 2010 ed ulteriormente illustrato con memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

Deduceva la violazione dell'art. 230 bis cod. civ. in una fattispecie di società personale costituita solo da soggetti legati da un rapporto di parentela: per la quale sussisteva, quindi, l'*eadem ratio* della tutela legale del lavoro, prevista nell'ambito di un'attività commerciale svolta da un aggregato familiare.

Resistevano con controricorso la sig.ra B.L., in proprio e quale socia accomandataria e legale rappresentante della BALI s.a.s. di Bagnulo e C, nonché il sig. B.A..



La sezione lavoro della Corte di Cassazione, cui il ricorso era stata assegnato, lo rimetteva alle sezioni unite, ravvisando un contrasto giurisprudenziale sulla compatibilità dell'impresa familiare con la forma societaria.

All'udienza del 16 settembre 2014 il Procuratore generale ed il difensore del ricorrente precisavano le rispettive conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le incertezze ermeneutiche rivelate dal contrasto giurisprudenziale traggono origine dalla mancata previsione testuale, nell'art. 230 *bis* cod. civ., dell'esercizio in forma societaria di un'impresa familiare: nel cui ambito possa trovare, del pari, applicazione la tutela speciale del lavoro innovativamente introdotta dalla riforma del diritto di famiglia: senza dubbio modulata, *prima facie*, sulla figura dell'imprenditore individuale.

Il silenzio della norma sulla forma alternativa dell'imprenditore collettivo si palesa di non univoca lettura, dando luogo, oggettivamente, al dubbio se esso corrisponda ad una deliberata *mens legis*, o non sia piuttosto il portato di un'enunciazione sintetica, applicativa del principio di economicità (ipotesi del legislatore non ridondante), secondo cui la ripetizione logora la forza persuasiva dei messaggi e si giustifica solo se aggiunga un *novum*, non contenuto implicitamente nella proposizione principale: tecnica normativa di non infrequente riscontro, che lascia spazio all'integrazione della fattispecie in via ermeneutica.

Un primo indirizzo, partendo dal riconoscimento della natura eccezionale della norma, ne esclude l'applicazione all'impresa in forma societaria sul presupposto che sarebbe il frutto di una non consentita interpretazione analogica, e non solo estensiva, nell'ambito di una lacuna c.d. impropria, significativa dell'inequivoca volontà del legislatore *ad excludendum*, in omaggio al noto broccardo "*ubi lex dixit voluit...*" (art. 14 disp. gen.). Il principio di diritto, pur affermato da questa Corte in ordine al diverso problema del riconoscimento di un'impresa familiare all'interno di una famiglia di fatto (Cass., sez. 2, 29 novembre 2004 n. 22405; Cass., sez. lavoro, 2 maggio 1994 n.4204), riuscirebbe risolutivo, in astratto, anche del problema in esame, dal momento che la dizione dell'art. 230 *bis* cod. civ., incentrata sulla nozione soggettiva dei familiari dell'imprenditore (identificati entro precisi gradi di parentela ed affinità), non potrebbe applicarsi al familiare del socio, a copertura di un oggettivo vuoto di disciplina legale, se non in virtù di analogia *legis*.

Ma la tesi della natura eccezionale non appare convincente.

Al riguardo, si osserva come siffatta qualificazione discenda, in sede concettuale, dal contrasto con principi e valori generali accolti nell'ordinamento, la cui deroga sia giustificata solo entro gli stretti limiti letterali dell'enunciato.

In questo senso, il connotato dell'eccezionalità, genericamente definito dall'art. 14 disp. gen. ("leggi che fanno eccezioni alla regola generale o ad altre leggi"), trovava una più puntuale configurazione nel precedente storico dell'art. 4 preleggi al c.c. 1865 ("leggi che restringono il libero esercizio dei diritti"); ed in tale accezione non si confà, con tutta evidenza, alla fattispecie in esame, in cui si riconoscono diritti patrimoniali a chi abbia erogato prestazioni utili all'imprenditore.

Appare quindi corretto parlare, piuttosto, di un istituto autonomo - cui si può riconoscere natura speciale, ma non eccezionale - creato *ex novo* nell'ambito della riforma del diritto di famiglia (L. 19 maggio 1975, n. 151) con una norma di chiusura della disciplina dei rapporti patrimoniali.



La medesima opinione negativa sull'applicabilità dell'art. 230 *bis* cod. civ. all'impresa societaria è svolta, con iter argomentativo diverso, da Cass., sez. lavoro, 6 agosto 2003 n. 11.881 (alla quale aderisce espressamente la Corte d'appello di Torino nella sentenza impugnata), la cui *ratio decidendi* valorizza il presupposto sostanziale della fattispecie astratta, costituito dal rapporto di parentela (o affinità) con l'imprenditore - qualifica, spettante solo alla società, e non pure al socio - in cui favore il familiare presti la sua attività di lavoro: tanto più se questa sia erogata all'interno del nucleo familiare, e dunque senz'alcun collegamento diretto con l'impresa. Esito finale di tale ricostruzione esegetica è l'esclusione di una compresenza di rapporti: l'uno fondato sul contratto di società tra il debitore e terzi soci; e l'altro derivante dal vincolo di subordinazione al primo di un suo familiare.

Ad essa si contrappone il diverso indirizzo giurisprudenziale, sostenuto da parte della dottrina, che, ravvisando più o meno esplicitamente nell'impresa familiare dei tratti associativi, ne riconosce in linea di principio estensibile la disciplina anche ad attività continuative di lavoro svolte dal parente o affine del soggetto beneficiario, partecipe di una società, pur se con terzi estranei all'aggregato familiare: con i riflessi patrimoniali previsti dall'art. 230 *bis* cod. civ., pur se limitati, naturalmente, alla quota di partecipazione (Cass., sez. lavoro, 23 settembre 2004 n. 19116; Cass., sez. lavoro, 19 ottobre 2000 n. 13861).

La suddetta tesi interpretativa si articola, poi, in un ampio spettro di variazioni dottrinarie, in funzione del tipo di società e della posizione, più o meno preminente al suo interno, del socio tenuto alle prestazioni economiche in favore del familiare.

Sotto il primo profilo, appare diffusa l'esclusione delle società di capitali dal perimetro applicativo dell'art. 230 *bis* cod. civ. - non senza aperture possibiliste, peraltro, in tema di s.p.a. ed s.r.l. unipersonali; ed anzi, riguardo alle s.r.l., financo se plurisoggettive, in virtù della connotazione personale più accentuata acquisita con la riforma del diritto societario (D.lgs. n. 6 del 2003), che le renderebbe configurabili, secondo una diffusa opinione, ad una società di persone a responsabilità limitata.

Per altro verso, la tesi in esame, pur ristretta entro i confini delle società di persone, palesa poi ulteriori divergenze interpretative nell'identificazione del socio obbligato: alternativamente identificato nel titolare dell'effettivo potere di gestione - e dunque nell'amministratore: con esclusione, ad es., del socio accomandante - o invece in ciascun socio, indipendentemente dal suo peso e ruolo, nei limiti della quota di spettanza.

Ai fini della soluzione del problema in scrutinio, vanno altresì ricordati ulteriori precedenti giurisprudenziali, che hanno lumeggiato aspetti dell'impresa familiare rilevanti sotto il profilo ricostruttivo della fattispecie: quali, la natura individuale dell'impresa familiare (Cass., sez. lavoro, 18 gennaio 2005 n. 874; Cass., sez. lavoro, 15 aprile 2004 n. 7223; Cass., sez. lavoro 6 marzo 1999 n. 1917) ed il regime fiscale dei redditi dei familiari collaboratori (definito di lavoro, e non assimilabile quindi ad un reddito di impresa: Cass., sez. 5, 2 dicembre 2008 n. 28.558).

Così riassunto, nei suoi lineamenti essenziali, il pregresso contrasto esegetico, ritiene questo collegio di aderire alla tesi dell'incompatibilità dell'impresa familiare con la disciplina delle società di qualunque tipo.

Al riguardo, occorre premettere, in sede metodologica, la primazia, tra i canoni ermeneutici legali, del criterio letterale: emergente dallo stesso ordine prioritario di enunciazione seguito nell'art. 12 disp. gen. e riconosciuta dalla giurisprudenza di gran lunga prevalente di questa Corte (Cass., sez. 3, 21 maggio 2004 n. 9700; Cass., sez. lavoro, 13 aprile 1996 n. 3495; Cass., sez. lavoro, 17 novembre 1993, n. 11359; Cass. sez. lavoro 26 febbraio 1983 n. 1482).



Nel contesto letterale della disposizione in esame, la scelta del legislatore di utilizzare costantemente il lemma "impresa", di carattere oggettivo, significativo dell'attività economica organizzata, piuttosto che far riferimento all'imprenditore come soggetto obbligato, resta di per sé neutra, lasciando adito alla possibile inclusione anche dell'impresa collettiva, esercitata in forma societaria: pur se già la rilevanza riconosciuta contestualmente al lavoro svolto nella famiglia fornisce un primo elemento semantico plausibilmente riferibile ad un imprenditore-persona fisica.

Ma ciò che davvero si palesa irriducibile ad una qualsiasi tipologia societaria è la disciplina patrimoniale concernente la partecipazione del familiare agli utili ed ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato, anche al di fuori dell'impresa: e non, quindi, in proporzione alla quota di partecipazione. E se è appropriato parlare di un diritto agli utili del socio di società di persone, (art. 2262 cod. civ., che però ammette il patto contrario) - mentre, solo una mera aspettativa compete al socio di società di capitali, in cui la distribuzione di utili dipende da una delibera assembleare o da una decisione dei soci (art. 2433 c.c. e art. 2479 c.c., comma 2, n. 1) - nessun diritto esigibile può essere reclamato, nemmeno dal socio, sui beni acquisiti al patrimonio sociale, e tanto meno sugli incrementi aziendali, "*durante societate*".

Ancor più confliggente con regole imperative del sottosistema societario appare, poi, il riconoscimento di diritti corporativi al familiare del socio: tale, da introdurre un inedito metodo collegiale maggioritario - integrato con la presenza dei familiari dei soci - nelle decisioni concernenti l'impiego degli utili, degli incrementi e altresì la gestione straordinaria e gli indirizzi produttivi; e financo la cessazione dell'impresa stessa: disciplina, in insanabile contrasto con le relative modalità di assunzione all'interno di una società, che le vedono riservate, di volta in volta, agli amministratori o ai soci, in forme e secondo competenze distintamente previste (il più delle volte da norme inderogabili), in funzione del tipo societario, ma univoche nell'esclusione di soggetti estranei alla compagine sociale.

Siffatta conclusione appare confortata anche dalla verifica della *mens legis* (criterio teleologico).

Al riguardo, è comune l'opinione che l'istituto dell'impresa familiare, introdotto con la riforma del diritto di famiglia (L. 19 maggio 1975, n. 151, art. 89), in chiusura di regolamentazione del regime patrimoniale della famiglia, abbia natura residuale rispetto ad ogni altro rapporto negoziale eventualmente configurabile: come si evince dallo stesso incipit dell'art. 230 *bis* cod. civ. a norma ("salvo che sia configurabile un diverso rapporto"). Appare quindi coerente la conclusione che la disciplina sussidiaria dell'impresa familiare sia da intendere recessiva, nel sistema di tutele approntato, allorché non valga a riempire un vuoto normativo, stante la presenza di un rapporto tipizzato, dotato di regolamentazione compiuta ed autosufficiente.

Né vi è ragione di limitare il criterio della residualità al solo rapporto individuale tra imprenditore e familiare: e cioè quando sia ravvisabile, in concreto, un vero e proprio contratto associativo (eventualmente, nella forma della società occulta) o di scambio (associazione in partecipazione, lavoro subordinato, opera intellettuale ecc.); dovendosi altresì escludere la configurabilità stessa dell'istituto, in ragione della sua ricordata residuante, quando già in limine l'esercizio dell'impresa rivesta forma societaria.

Non per questo, dall'eventuale inconfigurabilità di un rapporto contrattuale tipico deriverebbe un assoluto vuoto di tutela del lavoro prestato dal familiare del socio (quando



non connotato da mera *affectionis vel benevolentiae causa*), in contrasto con l'intenzione del legislatore ed in sospetto di incostituzionalità: restando applicabile, in ultima analisi, il rimedio sussidiario, di chiusura, dell'arricchimento senza causa (art. 2041 cod. civ.).

Alla luce dei rilievi suesposti, non può neppure condividersi la lettura correttiva della norma, sostenuta da una parte della dottrina e riflessa nei precedenti giurisprudenziali difformi, volta a salvare la coerenza del sistema mediante un'applicazione selettiva delle regole dettate per l'impresa familiare: e cioè, operando una destrutturazione della norma, sul discrimine tra un suo nucleo essenziale ed indefettibile, di applicazione necessaria, costituito dal diritto al mantenimento - riconoscibile anche in un rapporto tra familiare e socio - e il restante complesso di poteri (implicitamente, di riconosciuta incompatibilità con le regole societarie), che verrebbe ad assumere natura accessoria ed eventuale, nell'esclusivo ambito di un'impresa individuale.

Più che di una forzatura ortopedica, si tratterebbe di un'amputazione della norma nella parte in cui si riveli inconciliabile con il sottosistema societario, al fine di preservarne l'applicazione in parte qua in favore del familiare del socio. A questa stregua, la portata della tutela, anziché *posterius* del precetto normativo, verrebbe ad assurgere al rango di valore sovraordinato ed incondizionato, cui piegare il dato letterale. Con una forzatura ermeneutica che traligna in sostanziale infedeltà al testo.

Anche se è venuto meno l'argomento della presunzione di gratuità delle prestazioni rese nel contesto familiare - costantemente affermata prima della riforma del 1975 - deve restare fermo, infatti, il principio che l'estensione della tutela non può essere stabilita a priori, bensì vada ricostruita per via interpretativa nel rigoroso rispetto della norma positiva, nell'integrante del suo enunciato, senza arbitrarie manipolazioni.

Si aggiunga, per completezza di analisi, che l'assimilazione, in tal modo implicitamente presupposta, tra imprenditore e socio, appare altresì in contrasto con la distinzione consolidata tra le due figure; che nella prevalente giurisprudenza (Cass., sez. 1[^] 6 novembre 2006 n. 23669) e dottrina restano, per contro, ben distinte.

E' tralattizia, infatti, la tesi che attribuisce alla società di persone, dotata di autonoma soggettività (artt. 2266, 2659 e 2839 cod. civ.), la qualifica di imprenditore. E sotto questo profilo, neppure la società di fatto si caratterizza per l'attenuazione della titolarità di situazioni giuridiche, pur sempre autonoma rispetto a quella dei soci, non dipendendo dalla formalizzazione del rapporto;

mentre, viene esclusa, simmetricamente, la qualità di imprenditore commerciale in capo al socio: in particolare, ai fini della dichiarazione del fallimento in estensione, laddove prevista in ragione della sua istituzionale responsabilità illimitata (L. Fall., art. 147, comma 1), che non presuppone affatto l'autonoma insolvenza personale (Cass., sez. 1, 19 maggio 2000, n. 6541; Cass., sez. 1[^] 11 dicembre 2000 n. 15596) e che resta, per contro, esclusa per il socio di una società di capitali unipersonale, ove pure l'assimilazione con la figura dell'imprenditore potrebbe apparire non arbitraria (Cass., sez. 1[^], 14 marzo 2014 n. 6028).

Né maggiore valore persuasivo, da ultimo, rivela il riferimento al pericolo di elusione della tutela del lavoro del familiare tramite l'adozione maliziosa di uno schermo societario. L'argomento prova troppo, giacché la creazione di un diaframma, più o meno impermeabile, tra società e socio nei rapporti obbligatori, lungi dall'essere un fenomeno patologico, costituisce l'in sé della forma societaria di gestione di un'impresa.

Alla luce dei predetti rilievi, il ricorso del S. è dunque infondato e va respinto.



Il contrasto giurisprudenziale pregresso giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

- Rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese di giudizio.
Così deciso in Roma, il 16 settembre 2014.
Depositato in Cancelleria il 6 novembre 2014



L'INCOMPATIBILITÀ DEL REGIME DELL' IMPRESA FAMILIARE CON I MODELLI SOCIETARI

ANDREA PALMISANO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. - 2. L'impresa familiare. - 2.1. La natura giuridica. - 2.2. I tratti distintivi. - 3. La vicenda. - 4. I principali orientamenti giurisprudenziali. - 5. La conclusione adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

1. La famiglia rappresentando il nucleo fondamentale su cui si fonda l'organizzazione della società contemporanea trova riconoscimento e tutela a livello costituzionale.

La famiglia, infatti, riveste una posizione elitaria, giacché rientra tra le *'formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo'*, con il delicato e arduo compito di garantire adeguate condizioni per lo sviluppo e la tutela dei suoi membri, in ossequio con i valori costituzionali di libertà ed effettiva eguaglianza di cui all'art. 3 della Carta Costituzionale¹.

L'idea della famiglia quale *realtà sociale*, ancora prima che giuridica, emerge con evidente chiarezza anche dal dettato dell'art. 29 Cost., il quale nel prevedere al primo comma che *'la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio'*, tende a valorizzare tanto l'autonomia familiare nell'organizzazione dei propri aspetti di vita garantendone una evidente tutela contro qualsivoglia interferenza da parte dell'ordinamento², quanto la rilevanza dei rapporti intra familiari, quali *'rapporti etico-sociali'*.

In altra direzione, autorevole dottrina³ ha sottolineato come l'idea della famiglia – in senso tecnico giuridico – fondata sul matrimonio quale unica formazione sociale tutelata

¹ L'eguaglianza rappresenta quel principio cardine dell'ordinamento giuridico, il quale nel regolarne l'intera sua struttura è strettamente connesso con l'essenza della democrazia. Né esempio l'art. 29, comma 2, Cost., che richiama l'eguaglianza "morale e giuridica" dei coniugi, quale presupposto per il matrimonio.

² P. STANZIONE, *Principi generale del diritto civile*, Torino, 2011, (già in G. AUTORINO - P. STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003), ove si sottolinea che «l'interpretazione sistematica da parte della dottrina nel collegare l'art. 29 Cost. all'art. 2 Cost. comporta che l'espressione "società naturale" diventa sinonimo di "formazione sociale" che riceve tutela dall'ordinamento, in quanto idonea a svolgere le funzioni essenziali che le sono proprie, legate allo svolgimento alla personalità dell'individuo».

³ P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 490 (già in *Rass. dir. civ.*, 1988, 601 ss.), parla di «dogma dell'esclusività della famiglia fondata sul matrimonio». Nella misura in cui - afferma l'Autore - la convivenza *more uxorio* è una formazione sociale idonea «a formare e a sviluppare correttamente la personalità dei suoi componenti (...), occorre respingere come improbabile la qualificazione di irrilevante giuridico di un fatto incidente in modo così determinante sugli *status personarum* - intesi non nella loro anagrafica concezione - e che rappresentano l'ossatura, la giustificazione degli ordinamenti contemporanei». In tal senso anche M. BESSONE, *Favor matrimoni e regime del convivere in assenza di matrimonio*, in *Dir. Fam.*, 1979, 1192, il quale ha rilevato che 'la società naturale non è solo la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche ogni altra modalità del convivere che diventi istituzione familiare provatamente stabile e impegnativa, luogo degli affetti e comunità di interessi dove si assicura alla prole mantenimento, istruzione ed educazione in forme più efficaci e responsabili di quante ne potrebbe garantire un adempimento dei doveri dei genitori al di fuori di qualsiasi struttura di genere familiare'. Così anche F. PROSPERI, *La famiglia non sfondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, 83, secondo il quale «la tutela costituzionale accordata alla famiglia legittima non è di tipo «esclusivo», dovendosi estendere a tutte quelle



dall'ordinamento e in grado, come tale, di costituire una famiglia legittima, non possa che ritenersi inadeguata e alquanto antiprogressista.

Il Codice Civile del 1942, agli albori della sua stesura, delineava un modello familiare di tipo tradizionale, incentrato sull'indissolubilità del matrimonio quale atto giuridico regolamentato dal codice civile, nonché su una netta e precisa disuguaglianza in seno ai rapporti tra i coniugi, riflettendo così l'immagine di una famiglia di stampo quasi patriarcale e disciplinata in modo autoritario. Il modello familiare di originaria ispirazione, infatti, era caratterizzato da una struttura gerarchica improntata sulla disparità dei ruoli tra i coniugi; il tutto soprattutto a discapito della posizione rivestita dalla moglie, la quale era destinata a svolgere unicamente funzioni domestiche, senza possibilità di intervento nelle decisioni relative al governo della famiglia, ancorché se di carattere economico.

Il diritto di famiglia è stato profondamente riformato con la l. n. 151 del 1975, recante importanti modifiche nella disciplina d'interesse, configurando l'inizio di un regime di assoluta parità e uguaglianza tra i coniugi tanto nei loro rapporti personali quanto nei confronti dei figli⁴.

Oggi il fenomeno sociale della famiglia tende a identificarsi con quello di famiglia nucleare, quale comunità di coloro che si uniscono stabilmente e della loro prole, che si caratterizza per l'intenso vincolo di solidarietà e di unione civile che lega reciprocamente i suoi componenti, traducendosi in diritti e obblighi di assistenza, collaborazione e mantenimento⁵.

La famiglia, infatti, non può che essere vista quale entità di carattere sociale prima ancora che giuridico, ove il diritto può solo intervenire per regolarne taluni aspetti, soprattutto con riferimento ai profili direttamente o indirettamente patrimoniali a essa connessi⁶.

formazioni sociali, anche a carattere familiare, che mostrino concretamente di costituire utili strumenti di tutela e di realizzazione dei valori della personalità dei loro membri». Analogamente L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 6 e, più di recente V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in G. AUTORINO - P. STANZIONE (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Torino, 2006.

⁴ P. STANZIONE, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Not.*, 1994, 1120.

⁵ Nella consistente rete di rapporti giuridici intercorrente tra i membri della famiglia osservata in senso stretto rientrano: il diritto e l'obbligo reciproco tra i coniugi alla coabitazione, alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia; l'obbligo dei coniugi di mantenere, istruire educare i figli; la potestà dei genitori sui figli minori; il dovere dei figli di rispettare i genitori e di contribuire, in relazione alle proprie sostanze e reddito e finché convivono con i genitori al mantenimento della famiglia.

⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, in *Ed. Scientifiche Italiane*, 2015, 302 e ss.



2. Il carattere residuale che avvolge l'istituto dell'impresa familiare assurge a dato tanto indiscusso quanto consolidato per gli interpreti, atteso l'*incipit* dell'art. 230-*bis* c.c., il quale delinea una chiara clausola di salvezza ed ammette tale fattispecie '*salvo che sia configurabile un diverso rapporto*'.

Ciò comporta che l'impresa familiare sussiste allorquando le parti (i familiari) non abbiano inteso realizzare un diverso e qualificato rapporto, eventualmente identificabile in una società di fatto o in un rapporto di lavoro subordinato.

Nell'intento di circoscriverne l'ambito di applicazione, il legislatore ha previsto che l'impresa di tipo familiare prende vita quando le parti, *rectius* i familiari, sono legati da un mero rapporto di collaborazione familiare, discostato dall'archetipo del rapporto lavorativo di cui all'art. 2094 c.c., e come tale privo dei connotati tipici e degli elementi identificativi della subordinazione¹.

La *ratio legis*, dunque, deve ritrovarsi nell'intenzione del legislatore di apprestare un'adeguata tutela del lavoro familiare – atteso il vuoto normativo evidenziatosi col tempo – confinando in una specifica area le varie situazioni di apporto lavorativo dei familiari all'impresa del congiunto e garantendo loro la possibilità di prendere parte alle decisioni più rilevanti per la gestione dell'impresa, altrimenti di prerogativa esclusiva del titolare dell'impresa².

Singolare, infatti, appaiono le modalità con le quali i familiari possono prestare la propria collaborazione. In tal senso, l'apporto lavorativo può essere reso prestando la propria attività in modo continuativo all'interno dell'impresa familiare ovvero mediante lo svolgimento di lavori domestici nell'ambito della famiglia stessa, con conseguente maturazione del diritto al mantenimento nel rispetto della condizione patrimoniale della famiglia, altresì, alla partecipazione degli incrementi di azienda, nonché all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro offerto.

2.1. La questione più dibattuta – tanto in dottrina quanto in sede giurisprudenziale – ha riguardato la natura giuridica di tale istituto; il quale, come si dirà *infra*, nel prevedere l'effettiva e continuativa prestazione di lavoro da parte del familiare, costituisce la fonte di un nuovo e autonomo rapporto di lavoro che assicura finalmente pieno riconoscimento e tutela al lavoro familiare.

Tale fattispecie è, infatti, munita di propri e peculiari caratteri, tali da escluderne tanto l'assimilazione ad altro diverso rapporto obbligatorio di collaborazione e/o con natura sinallagmatica (al pari del lavoro subordinato, autonomo o parasubordinato e all'associazione in partecipazione), quanto la sua ricomprensione in strutture associative,

¹ La differenziazione al trattamento normalmente riservato al lavoratore subordinato trova forte evidenza se si considera che il legislatore della riforma, nell'introdurre l'istituto, ha inteso porre in rilievo il profilo partecipativo, che fa dell'impresa familiare un fenomeno in cui la comunità degli affetti costituisce il naturale presupposto, così L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, Milano, 1996, 230 e ss.. L'autore, peraltro, con riferimento al diritto al mantenimento di cui all'art. 230-*bis* c.c. afferma che «il diritto al mantenimento, rapportato alla condizione patrimoniale della famiglia, rappresenta appunto lo strumento primario di cui si è avvalso il legislatore per consolidare la comunità degli affetti che del fenomeno, costituisce il necessario substrato».

² G. GHIDINI, *L'impresa familiare*, Padova, 1977, 12.



caratterizzate nell'oggetto dalla partecipazione di più persone all'esercizio in comune di un'attività di impresa³.

Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, si sono ampiamente divise in merito alla rilevanza interna ovvero esterna del rapporto di lavoro familiare⁴.

Sul punto le opinioni prevalenti sono, tuttora, riconducibili a due principali e contrapposti orientamenti.

Il primo dei due, avente carattere minoritario⁵, nonché facendo leva sull'aspetto del pieno coinvolgimento dei familiari nelle decisioni, nella gestione e nell'esercizio dell'attività economica, ha ritenuto che l'impresa familiare dovrebbe essere qualificata come impresa collettiva, affidata alla gestione paritetica dei partecipanti quali fossero tutti imprenditori, con la conseguenza che la stessa attività di impresa assumerebbe una sua rilevanza esterna, in quanto la titolarità di essa e la proprietà dell'azienda, in ordine agli utili, agli incrementi ed ai beni con essi acquistati, spetterebbero in comune a tutti e a ciascuno dei partecipanti, ai quali dovrebbe, pertanto, essere imputato il rischio e la responsabilità per le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa stessa.

Posto che nel dettato dell'art. 230-*bis* c.c. manca qualsiasi riferimento alla persona dell'imprenditore, secondo questo primo orientamento, l'impresa familiare verrebbe definita come un fenomeno associativo a cui partecipano il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo, cui spetterebbero le situazioni di contitolarità previste in termini di partecipazione agli utili, agli incrementi ed ai beni acquistati; di talché, verrebbero riconosciuti a tutti i partecipanti ampi poteri amministrativi, tipici dell'imprenditore, in ordine alle decisioni riguardanti l'impiego degli utili, la gestione straordinaria e la cessazione dell'impresa, con una divisione dei compiti che attribuirebbe l'ordinaria amministrazione, in via disgiuntiva, a tutti i partecipanti⁶, così limitando la posizione sovraordinata e privilegiata propria del capo dell'impresa e ponendo, dunque, tutti i membri della famiglia lavoratrice in una posizione di parità. In tale ottica, la qualifica di coimprenditore spetterebbe a ciascuno dei familiari.

Quanto, invece, alla qualificazione giuridica quale impresa "collettiva"⁷, le opinioni tra i diversi sostenitori si stemperano in varie posizioni che non sempre collimano tra loro.

Orbene, mentre alcuni sostengono che tutti i partecipanti nell'impresa familiare siano effettivamente coimprenditori; altri viceversa, osservano che la qualità di imprenditore spetterebbe alla famiglia intesa quale nucleo unitario, il che val quanto dire che in caso di

³ P. STANZIONE, *op. cit.*, 1122; A. PROVERA, *Degli alimenti*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1972, 2 e ss.

⁴ L. BALESTRA, *op. cit.*, 42.

⁵ A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984-1988, 1376 ss.; P. PAJARDI, *Impresa familiare e fallimento*, Milano, 1988, 22 ss.; G. ALPA e L. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, 2015, 284 e ss.

⁶ Cons. Stato, sez. III, parere, 11 febbraio 1976 n. 89, in *Foro it.*, 1977, III, 708 (con nota critica di JANNARELLI, *Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia*); *Giur. comm.*, 1977, I, 726; Cons. Stato, 1977, I, 1094; *Riv. not.*, 1977, 743; *Vita not.* 1977, 988; *Nuovo dir. agr.*, 1977, 349.

⁷ In giurisprudenza, per l'affermazione che l'impresa familiare costituisce un'impresa collettiva, anche con rilevanza esterna, Cass. 13 ottobre 1984 n. 5124, in *Giust. civ.*, 1985, I, 372 (con nota di M. FINOCCHIARO, *Natura associativa e rilevanza esterna dell'impresa familiare; alcune importanti precisazioni da parte della Suprema Corte*); Cass. 29 febbraio 1988 n. 2122, in *Foro it.* 1989, I, 852.



fallimento anche i familiari verrebbero ad essere coinvolti⁸, oppure la collettività dei familiari secondo lo schema delle associazioni non riconosciute⁹.

Altra parte della dottrina¹⁰, invece, riconduce l'impresa familiare al modello generale della società di cui all'art. 2247 c.c. e, alternativamente, all'interno dello schema della società semplice,¹¹ collettiva, regolare o non regolare¹², di fatto¹³ ovvero atipica¹⁴, in accomandita semplice¹⁵, ad un nuovo tipo di società legale¹⁶ o sui *generis*¹⁷, finanche ad un istituto di transito verso una forma di impresa collettiva¹⁸.

Alcuni esponenti in dottrina¹⁹ hanno voluto distinguere, poi, tra l'utilizzo dell'espressione 'impresa a base familiare' da quella di 'impresa familiare' in senso tecnico giuridico di cui all'art.230-*bis* c.c., così evidenziando che mentre quest'ultima si riferisce all'impresa individuale a cui partecipano i familiari, con la conseguenza che viene circoscritta nella categoria delle piccolissime imprese in senso economico, la prima, invece, riguarda la piccola e media impresa strutturata in forma di società azionaria ovvero al più di società a responsabilità limitata,²⁰ ove la proprietà del capitale è da ricondursi ad un gruppo familiare, più o meno esteso secondo i gradi delle successioni *medio-tempore* intervenute, affacciandosi anche alla grande impresa, non quotata o addirittura quotata, in cui in presenza di capitale esterno il socio di controllo è, comunque, riconducibile ad un gruppo familiare²¹.

Intesa in tal senso, l'impresa a base familiare – diversamente dall'impresa familiare in senso stretto – diviene luogo di convergenza tra iniziativa imprenditoriale e cooperazione nell'interesse comune del lavoro salariato, fonte anche di innovazione e di internazionalizzazione²².

⁸ A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 1266, i quali muovendo dall'assunto che non ogni ipotesi di esercizio collettivo dell'attività imprenditoriale dia luogo a una società, ritengono che imprenditori siano tutti i familiari partecipi; cfr. anche M. FINOCCHIARO, *Considerazioni brevissime sul fallimento dell'impresa familiare*, Milano, 1996, 672.

⁹ M. TAMBURRINO, *Impresa, comunione e società in agricoltura*, in *Giust. civ.* 1983, 291.

¹⁰ E. SIMONETTO, *L'impresa familiare: dubbi interpretativi e lacune normative*, in *Dir. soc.* 1976, 521.

¹¹ C. A. GRAZIANI, *L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia: prime considerazioni*, in *Nuovo dir. agr.*, 1975, 99.

¹² P. PAJARDI, *Impresa familiare e fallimento*, Milano, 1988, 25.

¹³ G. MARCELLI, *Considerazioni sull'impresa familiare contadina*, in *Nuovo dir. agr.* 1976, 210; cfr. anche A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1990, 896.

¹⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1972, 99.

¹⁵ A. NIGRO, *Riflessioni sull'impresa familiare (a proposito del parere 11 febbraio 1976 del Consiglio di Stato)* in *Giur. comm.* 1977, I, 720 ss; M. MORELLO, *Sull'impresa familiare e sull'ammissibilità di sue trasformazioni in società*, in *Riv. not.* 1984, I, 1075 ss.

¹⁶ M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 1981, 377; S. MANCINI, *Natura giuridica dell'impresa familiare*, Roma, 1992, 318.

¹⁷ F. D. BUSNELLI, *Impresa coniugale e azienda coniugale*, Napoli, 1992, 1413 e ss.

¹⁸ C. A. GRAZIANI, *op. cit.*, 683; L. BALESTRA, *op. cit.*, 77.

¹⁹ P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Tratt. Dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, vol. IV, 2, Padova 2004, 8.

²⁰ *Il Sole 24 Ore*, 5 giugno 2011, I.

²¹ *Corriere della sera*, 2 giugno 2011, 31.

²² In questo senso, PREMIA, *L'impresa familiare: il finanziamento tra banca, equity e quotazione in borsa*, in *L'impresa familiare: modelli e risorse*, Milano, 2012, 39 e ss.



Secondo la diversa ricostruzione – decisamente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza²³ – la normativa dettata dall'art. 230-*bis* c.c., in tema di impresa familiare, non varrebbe a trasformare l'impresa in un organismo collettivo con finalità lucrative e con rilevanza esterna, bensì, sarebbe impostata nell'ottica di un'impresa individuale, configurabile come un rapporto associativo di lavoro e non di scambio, a rilevanza meramente interna.

Di guisa che, la qualifica di imprenditore sarebbe assunta solo dal familiare 'capo', il quale eserciterebbe l'attività di impresa nei rapporti a rilevanza esterna. La partecipazione da parte degli altri familiari alle decisioni imprenditoriali assumerebbe, dunque, rilevanza unicamente nei rapporti interni che intercorrono tra imprenditore e familiari.

Le argomentazioni a supporto della rilevanza meramente interna del rapporto di impresa familiare si basano, in *primis*, sul fatto che l'istituto dell'impresa familiare è sorto per l'evidente esigenza del legislatore di attribuire rilevanza giuridica a situazioni sorte fuori da schemi negoziali tipici e fondate su vincoli diversi da quelli familiari (*affectio familiae*), come quelli derivanti dal contratto associativo o di lavoro subordinato²⁴; in senso opposto, la qualificazione dell'impresa familiare quale impresa collettiva nella quale ciascun partecipante si trasformerebbe in imprenditore, si risolverebbe in una petizione di principio, determinando la scomparsa della prestazione di lavoro, atteso che il lavoro sarebbe chiaramente reso dai familiari in favore dei medesimi²⁵.

Risulta, pertanto, evidente che la collocazione dei familiari partecipanti all'impresa, circoscritto in uno specifico rapporto di coniugio, di parentela e di affinità, mostra l'intento del legislatore di voler attribuire solo ad un unico soggetto il ruolo di rivestire nell'impresa, rispetto agli altri soggetti, una posizione qualificante o qualificata, ossia quella di titolare dell'impresa²⁶.

A dare maggior considerazione a tale orientamento vi è, da un lato, la scelta originaria operata dal legislatore di collocare tale istituto nel libro II e non già nel libro V del c.c. dedicato alla disciplina dell'impresa; dall'altro, l'esigenza di tutela e di salvaguardia dei terzi, atteso che questi verrebbero danneggiati da una eventuale dichiarazione d'invalidità di decisioni interne all'impresa.

I familiari, quindi, potrebbero semplicemente prendere parte a decisioni di carattere straordinario, essendo loro preclusa ogni decisione idonea a incidere sugli effetti della gestione esterna all'impresa²⁷.

In tal senso, lo stesso comma 3 dell'art. 230-*bis* c.c., riconosce l'impresa familiare in quella particolare situazione ove collaborano i familiari nel grado indicato, giacché, in mancanza di una specifica previsione di legge, la semplice collaborazione non può assurgere a esercizio in comune di attività economica con fine di lucro, pertanto, non può

²³ P. STANZIONE, *op. cit.*, 1121 e ss.; F. PROIETTI, *Natura dell'impresa familiare e controversie "snaturate"*, in *Giur. civ.*, 994, I, 1, 322; M. NUZZO, *L'impresa familiare*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO: II) *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997; G. AMOROSO, *L'impresa familiare*, Padova, 1998, 47.

²⁴ Cass. sez. I, 27 giugno 1990 n. 6559, in *Giust. civ.*, 1991, I, 667.

²⁵ V. COLUSSI, voce *Impresa familiare*, in *Nuovi ss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1980, 63; P. STANZIONE, *op. cit.*, 1123.

²⁶ G. OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1990, 46, 486; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Torino, 1990, 75; V. COLUSSI, *op. cit.*, 75; P. STANZIONE, *op. cit.*, 1122.

²⁷ Cass. 2 aprile 1992, n. 4030, in *Giust. civ.*, 1992, 556.



essere estesa la titolarità dell'impresa ai familiari che prestano attività di lavoro nell'impresa²⁸.

Altro aspetto da non poter trascurare, è dato dal mancato riconoscimento in capo ai familiari di un diritto reale sui beni aziendali, la cui titolarità, piuttosto, appartiene esclusivamente al titolare dell'impresa.

Quando *supra* è confermato dal fatto che agli stessi partecipanti, in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda²⁹, è attribuito un diritto di prelazione sull'intera azienda e non già sulle rispettive quote degli altri familiari. Peraltro, come si diceva, l'art. 230-*bis* c.c. attribuisce al titolare dell'impresa il potere di gestione ordinaria, mentre ai familiari partecipanti solo il potere di interferire sul compimento di atti attinenti alla gestione straordinaria³⁰.

Occorre notare però, che mentre ad avviso di alcuni l'art. 230-*bis* c.c. avrebbe previsto unicamente un diritto tipico, di natura obbligatoria nei confronti dell'imprenditore, privo di rilevanza reale,³¹ secondo altri, soprattutto in ambito giurisprudenziale, l'art. 230-*bis* c.c. andrebbe a regolare un rapporto puramente di carattere associativo all'interno della famiglia, con l'istituzione di una solidale partecipazione di tutti i componenti della comunità familiare, agli oneri ed ai vantaggi economici connessi al loro comune lavoro, allo scopo specifico di impedire che la comunità medesima possa dare origine a rapporti di subordinazione fra i suoi membri.

Ciò si tradurrebbe nella conseguenza che, nell'ambito dell'istituto dell'impresa familiare, dovrebbe essere distinti un aspetto interno, costituito dal rapporto associativo del gruppo familiare, da quello esterno, rappresentato dalla rilevanza della figura del familiare-imprenditore, quale effettivo nonché unico gestore dell'impresa³².

Altra parte della dottrina³³, invece, ha respinto l'idea di una distinzione tra rapporti interni e rapporti esterni nell'impresa familiare, in quanto, altrimenti, si andrebbe a produrre l'equivoco inaccettabile che la comune e solidale partecipazione di tutti i familiari – senza distinzione tra i singoli prestatori di lavoro e il familiare imprenditore – possa comportare, in caso di dissesto dell'impresa, il fallimento del solo familiare che, all'esterno, si presenta come titolare del potere di gestione, con conseguente apprensione, all'attivo della massa fallimentare, del patrimonio personale del fallito, 'ivi compresi i beni comuni ed ancora indivisi fra i membri del gruppo'³⁴, escludendo il coinvolgimento nella procedura fallimentare degli altri partecipanti allo stesso fenomeno di gruppo, pertanto, suscitando le

²⁸ G. OPPO, *op. cit.* 493.

²⁹ *Ibidem*; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *L'impresa familiare*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, *Il diritto di famiglia*, tomo II, 1999, 612 e ss.

³⁰ V. COLUSSI, voce *Impresa familiare*, cit., 64; G. OPPO, *op. cit.*, 487.

³¹ G. OPPO, *op. cit.*, 495; V. DE PAOLA e A. MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, 53; Cass. 27 giugno 2002, 9391, in *Fallimento*, 2003, 174, con nota di F. MARELLI.

³² Per tutti, cfr. Cass. 27 giugno 1990, n. 6559, cit., secondo cui 'il dovere giuridico di adottare a maggioranza (ancor meglio se vi è l'unanimità) le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi ed alla cessazione dell'impresa è diretta conseguenza dell'attribuzione in proprietà a tutti e a ciascuno, anche se in proporzione variabile fra i membri della famiglia, degli utili, degli acquisti e degli incrementi aziendali appena acquisiti al patrimonio dell'impresa, e comunque rilevabili dal bilancio familiare'.

³³ Per tutti, P. PAJARDI, *op. cit.*, 22.

³⁴ *Ibidem*.



giuste e pesanti critiche dei sostenitori che convergono per la natura collettiva dell'impresa familiare³⁵.

Tale paradosso può essere evitato prendendo atto che il rapporto esistente nell'impresa familiare non può essere costruito né come rapporto associativo reale, con rilevanza esterna, né come un rapporto associativo interno del gruppo familiare, in quanto, dalla sua disciplina, non emerge né il dato della produzione in comune di un'azione – tratto identificante di ogni struttura associativa – né di un interesse collettivo di gruppo.

Il dibattito sin qui esposto ha fatto emergere, dunque, una nozione attuale di impresa familiare fondata su tre aspetti distintivi, riscontrabili nel carattere residuale dell'istituto, nella sua natura inderogabile, dovendo essere applicata, *ex lege*, in presenza degli elementi di fatto e di diritto cui è riconducibile la fattispecie e, infine, nella valenza solo interna della normativa, atteso che la *ratio* dell'istituto è rivolta unicamente a disciplinare il rapporto tra imprenditore e i suoi familiari-collaboratori, senza alcuna rilevanza sul piano esterno.

2.2. L'art. 230-*bis* c.c., come si diceva, presuppone la rilevanza della famiglia estesa, con ciò regolamentando i rapporti che nascono all'interno di un'impresa familiare, ogniqualvolta un membro della famiglia presti in modo continuativo la propria attività lavorativa nella famiglia o nell'impresa medesima.

Allo stato attuale non esiste ancora oggi una definizione comune e generalmente accolta di impresa familiare, considerato che i suoi caratteri distintivi sono così numerosi e differenziati da rendere poco agevole una identificazione unitaria di ciò che rientra effettivamente nel cd. *family business*.

Nel corso dei primi anni sessanta la tendenza è stata quella di associare gli elementi “non razionali” dell'impresa familiare (quali i legami di parentela, di nepotismo, e gli aspetti emozionali della gestione) a quelli “razionali” volti a valorizzare l'efficienza e l'efficacia nella gestione del *business*.

Solo verso la metà degli anni ottanta si è effettivamente avvertita la necessità di riconoscere l'unicità dell'impresa familiare, in modo da attribuire a essa una propria identità più chiara e riconoscibile e da demarcare le concrete differenze in termini di comportamento, di *performance* e di assunzione delle decisioni rispetto alle imprese non familiari³⁶.

Quanto ai presupposti di applicazione della disciplina di cui all'art. 230-*bis* c.c. – posto che di 'impresa familiare' è possibile parlare solo quando le parti non abbiano dato, in via espressa o tacita, una diversa configurazione tipica al loro rapporto – emerge la prospettiva giurisprudenziale e dottrinale che tende a qualificarla come un istituto 'non pattizio', sussistente per effetto della collaborazione continuata e coordinativa all'impresa, secondo un principio di effettività³⁷.

In tal senso, l'operatività della disciplina di cui all'art. 230-*bis* c.c. andrebbe esclusa laddove la prestazione lavorativa formi oggetto di un contratto di natura sinallagmatica o di

³⁵ Cass. 27 giugno 1990 n. 6590.

³⁶ E. SIMONETTO, *L'impresa familiare: dubbi interpretativi e lacune normative*, in *Dir. soc.*, 1976, 519; M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., 1380 ss.; V. COLUSSI, *op. cit.*, 53 e ss.

³⁷ M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *op. cit.*, 456; P. BONTEMPI, *L'estromissione dell'unico familiare nell'ambito dell'impresa familiare disciplinata dall'art. 230-bis c.c.*, in *Nuova giur. comm.*, 1993, 616.



tipo associativo fra l'imprenditore e i suoi familiari, riconducibile a una delle fattispecie tipiche del lavoro subordinato, del lavoro autonomo, dello schema società o dell'associazione in partecipazione.

Parimenti non si può prescindere dalla rilevanza anche dell'elemento volontaristico nella fattispecie dell'impresa familiare, tenuto conto del fatto che la prestazione continuativa di lavoro è pur sempre l'effetto di una scelta di vita, in vista della quale si decide di rimanere all'interno della famiglia e di non prestare alcuna attività al di fuori di essa.

E' da escludere, altresì, che la configurabilità dell'impresa familiare debba risultare necessariamente e esclusivamente da un comportamento concludente, atteso che i componenti di un gruppo familiare potrebbero decidere, anche, di formalizzare in un atto giuridico la loro volontà di regolamentare i rapporti derivanti dalla collaborazione in un'impresa di cui taluno è titolare, secondo la disciplina dell'art. 230-*bis* c.c.³⁸.

Tuttavia, pure in assenza di un espresso contratto di lavoro o associativo, diviene comunque possibile desumere – in base a elementi indiziari – se le parti intendano applicare al rapporto la normativa del lavoro subordinato (ad esempio per effetto dell'inserimento nel libro paga o di versamenti contributivi), ovvero la mera partecipazione di tutti i familiari alla gestione dell'impresa³⁹.

Per quanto attiene, invece, alla natura giuridica del rapporto di lavoro oggetto dell'impresa familiare, consolidato è l'orientamento giurisprudenziale nel ritenere che l'effetto *ex lege* prodotto dalla collaborazione lavorativa di cui all'art. 230-*bis* c.c. costituisca un rapporto di lavoro con obbligazioni a carico solo del familiare-imprenditore ed a favore del familiare-prestatore di lavoro, così, associando la sua posizione individuale alle sorti dell'impresa.

Ciò in termini di diritto agli utili, ai beni con questi acquistati, agli incrementi dell'azienda, in proporzione alla qualità e quantità del lavoro prestato, a condizione che *medio-tempore* la prestazione abbia, però, realizzato un effettivo incremento economico del valore dell'impresa, valutato proprio in termini di utili, di beni e di incrementi aziendali⁴⁰.

Le prestazioni di lavoro rese dal familiare devono essere equivalenti a quelle che potrebbero essere rese da un estraneo alla famiglia, sia esso un lavoratore dipendente o un lavoratore autonomo. Inoltre, possono essere riferite a qualsiasi tipo di lavoro, sia esso intellettuale, manuale, direttivo o meramente esecutivo. Non si esclude, infatti, la possibilità che un familiare sia preposto all'esercizio dell'impresa, di un ramo di essa o di una sede secondaria, laddove ricorra l'impossibilità da parte del titolare di svolgere personalmente l'attività.

Certo è che tale collaborazione sarebbe, per meglio dire, riconducibile a una collaborazione all'impresa altrui che a una forma di cogestione. La gestione in comune di un'impresa integrerebbe, infatti, gli estremi di una società di fatto – ove questa non sia formalizzata in una delle tipologie previste dall'ordinamento – piuttosto che quelli di un'impresa familiare propriamente detta.

³⁸ V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, III, cit., 148 e ss.; G. OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit. 481; Cass. 6 marzo 1999 n. 1917, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, fasc. 3.

³⁹ Ciò tenuto sempre conto della natura residuale dell'istituto impresa familiare, introdotto per attribuire rilevanza giuridica a prestazioni di lavoro non inquadrabili in fattispecie tipiche.

⁴⁰ Cass. 2 aprile 1999, n. 3163, in *Giust.*, 2000, 402.



Altro presupposto fondamentale idoneo a identificare l'impresa familiare è la continuità della prestazione di lavoro⁴¹ resa dal familiare, considerato che per l'ordinamento non è sufficiente un solo principio di inizio della sua esecuzione, richiedendosi, invece, che la prestazione di lavoro si traduca in un comportamento continuativo e stabilizzato nel tempo, idoneo a provare l'effettivo inserimento del familiare all'interno dell'organizzazione di lavoro della famiglia e dell'impresa, pertanto, superando ogni presunzione di gratuità della prestazione medesima⁴².

La dedizione prevalente e costante del familiare lavoratore alla famiglia e all'impresa divengono elementi significativi idonei a provare l'effettività e la continuità della prestazione, lontana da qualsivoglia carattere di saltuarietà o di occasionalità che, altrimenti, la priverebbe della sua effettiva giuridicità.

La prestazione di lavoro nella famiglia deve, dunque, essere funzionale all'attività di impresa.

L'impresa, dunque, viene legalmente a costituirsi allorché sussiste un gruppo di lavoro i cui componenti sono legati tra loro da un rapporto familiare, ove i compartecipi all'impresa godono del diritto al mantenimento nel rispetto della condizione patrimoniale della famiglia e partecipano agli utili e agli incrementi, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato, essendo titolari non solo di una pretesa prioritaria al godimento immediato dei profitti, bensì anche di un diritto agli utili, sui beni acquistati con gli utili stessi e sugli incrementi, compreso l'avviamento⁴³.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente è propenso nel ritenere che gli incrementi siano di proprietà dell'imprenditore, spettando ai compartecipi solo il diritto a pretendere una quota dopo la cessazione dell'impresa⁴⁴, atteso che la riscossione degli utili avrebbe luogo solo all'esito della cessazione dell'attività imprenditoriale o della loro collaborazione.

Tenuto conto che gli atti di gestione ordinaria competono unicamente al compartecipe che abbia assunto la qualità di imprenditore, ne deriva che agli altri diversi compartecipi possa essere riconosciuto il diritto di deliberare a maggioranza circa i modi di impiego degli utili e degli incrementi, degli indirizzi produttivi, della cessazione dell'attività d'impresa e di tutti quegli atti che, in quanto idonei ad alterare la normale consistenza dell'azienda, rientrano nel novero di una gestione di tipo straordinario.

⁴¹ Cass. 12 marzo 1984, n.1696, in *Giust. civ. mass.* 1984, fasc. 3, 79; Cass. 26 giugno 1984, n. 3722, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2746.

⁴² A. DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare*, Padova 1991, 147.

⁴³ A. PROVERA, *Degli alimenti*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1972, 2 e ss.; D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973, 26 ss.; ID, *Degli alimenti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IV, Milano, 1982, 805 e ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione alimentare: fondamento ed oggetto*, in *Fam. dir.*, 1994, 465 e ss.; G. S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti*, Torino, 1972, 6 e ss.; P. MATERA, *Famiglia e diritto: profili evolutivi di un rapporto complesso*, in *Rass. Sist. di dir. e tecniche contrattuali*, Ipsoa, 2006, 115.

⁴⁴ Cfr. Cass. 8 marzo 2011, n. 5448, ove viene affermato che *'La partecipazione agli utili per la collaborazione presso l'impresa familiare va determinata sulla base degli utili non ripartiti al momento della sua cessazione, nonché dell'accrescimento della produttività dell'impresa (beni acquistati con gli utili, incrementi dell'azienda anche in ordine all'avviamento) in proporzione alla qualità e quantità del lavoro prestato, ed è quindi condizionata dai risultati raggiunti dall'azienda, essendo, infatti, gli stessi utili naturalmente destinati, salvo il caso di diverso accordo, non alla distribuzione tra i partecipanti, ma al reimpiego nell'azienda o in acquisti di beni'*.



La previsione contenuta all'art. 230-*bis* c.c. – diretta a regolare il rapporto di collaborazione nell'impresa familiare e non l'esercizio dell'attività di impresa – non attribuisce rilevanza alcuna al tipo di attività imprenditoriale, potendo essere di natura agricola, commerciale o anche civile, così come non considera fondamentale le dimensioni dell'impresa, siano esse di natura piccola, media o grande, per quanto appaia, salvo in rari casi, faticoso riscontrare gli estremi di un rapporto di lavoro familiare all'interno di imprese medio-grandi, normalmente operanti come imprese societarie⁴⁵.

Il lavoro prestato nella famiglia, in quanto fondato sui principi dell'*affectio familiae*, non può che essere espressione del vincolo di solidarietà intra-familiare, distante dagli estremi di un lavoro subordinato, non presentando tratti di dipendenza, necessità e di gravosità che caratterizzano tale rapporto. In ragione di tanto, viene esclusa la possibilità di riscontrare all'interno del nucleo del lavoro familiare quella tipica conflittualità in termini di interessi che vede collocate su due opposte posizioni il datore di lavoro e il lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato in senso stretto, come qualsivoglia vincolo alla libertà di svolgimento della prestazione da parte del familiare medesimo⁴⁶.

D'obbligo chiedersi – a questo punto del percorso – quali sono effettivamente i familiari indicati nella catalogazione contenuta nell'art. 230-*bis* c.c.

Il legislatore li individua rispettivamente nella persona del coniuge, dei parenti entro il terzo grado e negli affini entro il secondo grado⁴⁷.

Ciò lascia intendere che, potendo il vincolo di coniugio costituirsi solo tra persone fisiche, nella maggioranza dei casi il presupposto per la costituzione di un rapporto di lavoro in seno ad un'impresa familiare, necessiti dell'esistenza di un'impresa alla cui titolarità è posta una persona fisica cui il prestatore è legato da uno dei vincoli in precedenza indicati, escludendosi, di tal guisa, la possibilità di individuare un'impresa familiare laddove l'attività economica sia esercitata in forma collettiva o sia imputabile ad un ente giuridico, dotato o meno di personalità giuridica, quale può essere una società o un'associazione⁴⁸.

V'è, tuttavia, parte della dottrina che, pur escludendo la possibilità di configurare un'impresa familiare in riferimento ad una società di capitali, ritiene ammissibile che il titolare di un'impresa familiare possa, invece, essere anche una società di persone. Ciò non

⁴⁵G. OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, 492; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *Impresa familiare: le problematiche più recenti*, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 2, 191-203.

⁴⁶F. GAZZONI, *op. cit.*, 312.

⁴⁷Le interpretazioni più evolutive della fattispecie di cui all'art. 230-*bis* c.c. sono state orientate verso un generale riconoscimento della famiglia di fatto come centro di imputazione di rapporti giuridici familiari. Le tesi più recenti, per quanto minoritarie, ritengono che l'art. 230-*bis* c.c. sia applicabile in via analogica anche alle situazioni di convivenza di fatto. L'ostacolo letterale, rappresentato dal dettato della norma che elenca tassativamente i familiari che vi rientrano (in particolare con riguardo alla figura del coniuge), sarebbe, pertanto, solo apparente, considerato che da un punto di vista sostanziale e conforme alla *ratio* della fattispecie in oggetto, nella struttura produttiva dell'impresa la figura del coniuge risulta sovrapponibile a quella del convivente, avendo la convivenza in sé rilevanza più della formale qualifica di coniuge. La tesi predominante, invece, enfatizza la distinzione tra la famiglia di fatto e la famiglia fondata sul matrimonio, evidenziando che solo dal matrimonio possono derivare effetti giuridici particolari (intesi come veri e propri obblighi giuridici) che non si ritrovano nell'ambito della famiglia di fatto; F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 1995, 97 e ss.

⁴⁸P. STANZIONE, *op. cit.*, 1120.



solo nel caso in cui il vincolo familiare sussista nei confronti di tutti i soci, ma anche quando lo stesso sussista nei confronti di solo uno dei soci della società⁴⁹.

Tra i familiari che hanno una tutela privilegiata, il comma 3 dell'art. 230-*bis* c.c. individua proprio il coniuge, e ciò in perfetta coerenza con la *ratio* sottesa all'istituto dell'impresa familiare e con i principi ispiratori del nuovo diritto di famiglia, che vede il paritetico riconoscimento, sia sul piano morale che su quello giuridico, della posizione rivestita dai coniugi all'interno del consorzio familiare, senza distinzioni di ruolo⁵⁰.

Resta, invece, pacifico il riconoscimento dell'esistenza di un'impresa familiare nell'ipotesi di azienda gestita dai coniugi in regime di comunione legale, considerato che la presenza di un'impresa collettiva esercitata dai coniugi in regime di comunione legale non offusca la rilevanza della relazione familiare tra il collaboratore e i gestori dell'impresa coniugale. Ciò in quanto non si impedisce il ricorso alla tutela di cui all'art. 230-*bis* c.c., con la conseguenza che, mentre da un lato la partecipazione dei coniugi alla gestione dell'impresa sarà regolata dalla disciplina della comunione legale dei beni in via esclusiva, dall'altra la collaborazione del lavoro familiare nell'ipotesi di azienda gestita dai coniugi sarà regolata dalla normativa residuale tipica dell'impresa familiare⁵¹.

La qualità di coniuge, pertanto, è riconosciuta alla persona fisica che, per effetto del matrimonio e dello scambio del consenso, acquista il relativo *status familiae*⁵².

Per quanto concerne il diverso aspetto relativo alla convivenza – premesso che la stessa non va considerata come un requisito essenziale dell'impresa familiare, bensì quale elemento accidentale – viene da domandarsi se la separazione tra i coniugi, ovvero l'intervenuta pronuncia di scioglimento o la dichiarazione di nullità del matrimonio possano, eventualmente, sortire effetti sul rapporto di impresa⁵³.

La dottrina, riguardo all'aspetto della separazione, tenuto conto del permanere dello *status* di coniuge, esclude che la stessa possa incidere sullo svolgimento del rapporto di

⁴⁹ D. DE MARTINI, *L'impresa esercitata nell'ambito della famiglia e la tutela del lavoratore familiare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, I, 49; in tema di alimenti, il rinvio è, fra i tanti, a A. PROVERA, *op. cit.*, 3 e ss.; D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973, 26 e ss; ID, *Degli alimenti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IV, Milano, 1982; 805 e ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione alimentare: fondamento ed oggetto*, in *Fam. Dir.*, 1994, 465 e ss.

⁵⁰ Nell'ovvia considerazione che la completa equiparazione del lavoro casalingo a quello professionale, quale forma di adempimento al dovere di contribuire ai bisogni familiari, si riflette sull'ambito di applicazione residuale dell'art. 230-*bis* c.c., nella misura in cui dal campo di applicazione della stessa resta escluso il lavoro domestico dei coniugi, già preso in considerazione dall'art. 143 comma 3 c.c.

⁵¹ L. BALESTRA, *op. cit.*, 165; in giurisprudenza Cass. 4 febbraio 1989, n. 712, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 2, 234, secondo cui con riguardo a prestazioni di lavoro rese in favore di una società di persone la presunzione di onerosità *ex art. 36 Cost.*, che contempla il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, non viene meno in presenza di relazioni personali ed affettive intrattenute dal lavoratore con uno dei soci, attesa la estraneità di tale soggetto al rapporto di lavoro e alle relative prestazioni facenti capo al distinto ed autonomo soggetto costituito dalla società.

⁵² G. BERTOLA, voce *Matrimonio* (diritto civile), in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1957, 358 e ss.

⁵³ In questo senso, esplicitamente, da ultimo, Cass. 2 maggio 1994 n. 4204, in *Giust. cov. Mass.*, 1994, 567, *Famiglia di diritto* 1994, 814 (con nota di M. GIORGIANNI, *Convivenza "more uxorio" e impresa familiare*); *Giur. it.* 1995, I, 1, 845 (con nota di L. BALESTRA, *Sulla rilevanza della convivenza more uxorio nell'ambito dell'impresa familiare*); *Giur. it.* 1995, I, 2112 (con nota di MASUCCI, *Subordinazione e gratuità: quale tutela per il convivente di fatto nell'impresa familiare?*); *Nuova giur. civ. comm.*; 1995, I, 278 (con nota di BERNARDINI, *Rapporto di lavoro e di collaborazione "parasubordinata" e tutela del convivente more uxorio (c.d. familiare di fatto)*; *Vita not.* 1995, 296.



impresa familiare⁵⁴, riconoscendo, comunque, al coniuge imprenditore il potere di escludere il coniuge separato in presenza di una giusta causa di scioglimento del rapporto⁵⁵.

L'intervenuta separazione personale dei coniugi, infatti, pur determinando la sospensione della convivenza, il venir meno della comunione legale e l'acquisto del diritto da parte di ciascuno dei coniugi a una vita separata, può solo comportare un allentamento del vincolo matrimoniale, ma senza pregiudicare la prosecuzione del rapporto di impresa familiare o l'automatico scioglimento dello stesso⁵⁶.

Diversamente, sulla questione degli effetti dello scioglimento e della nullità del matrimonio, il più severo orientamento ritiene che la perdita dello *status* di coniuge determini la cessazione automatica del rapporto, o che costituisca una giusta causa di scioglimento del rapporto, escludendo, così, l'applicazione di regole automatiche⁵⁷.

⁵⁴ M. BIANCA, *Diritto civile 2, la famiglia*, Milano, 1989; Cass. 22 maggio 1991, 574.

⁵⁵ R. RUFFO, *Impresa familiare e separazione personale dei coniugi*, in *Dir Giur.* 1987, 261; L. MEZZANOTTE, *Impresa familiare e separazione personale dei coniugi*, in *Giur. merito*, 1984, I, 560.

⁵⁶ V. COLUSSI, voce *Impresa familiare*, in *Dir. IV, disc. priv., sez. comm. VII*, Torino, 1992, 67; G. OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., 473; L. BALESTRA, *op. cit.*, 224.

⁵⁷ F. GAZZONI, *op. cit.* 313 e ss.; Si ritiene applicabile all'impresa familiare l'art. 191 c.c., inteso come espressione di un principio generale secondo cui, venuta meno la comunione materiale e spirituale tra i coniugi, viene meno anche il regime patrimoniale della comunione, cfr. Trib. Milano, 21 giugno 1977.



3. Con la sentenza n. 23676 del 6 novembre 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sciolto e risolto uno tra i più annosi e delicati dubbi interpretativi che hanno formato oggetto di acceso dibattito e di contrasto giurisprudenziale, aderendo definitivamente alla tesi che esclude la compatibilità dell'impresa familiare con qualsiasi tipo di società, essendo la stessa applicabile unicamente all'impresa individuale.

Il caso portato all'attenzione della Corte ha riguardato un soggetto persona fisica, congiunto di un socio accomandatario, il quale aveva chiesto al Tribunale di accertare la sussistenza dei requisiti dell'impresa familiare, con riferimento al lavoro svolto in favore della medesima impresa. Il ricorrente aveva dichiarato a proprio sostegno di essersi interessato della ristrutturazione dei locali, della gestione dei rapporti con i fornitori e di avere prestato quotidianamente la propria opera nella conduzione di un bar fino al 31 ottobre 2002, data in cui era venuta meno la sua collaborazione, a causa del rifiuto opposto dai convenuti a consentirgli l'ingresso in società. Lo stesso, quindi, ritenendo configurabili i presupposti di esistenza dell'impresa familiare, aveva agito per ottenere la condanna dei convenuti sia al pagamento della somma di euro 11.362,00 a titolo di mantenimento, sia di euro 71.233,00 quale quota a lui spettante in corresponsione del valore degli incrementi sia, infine, della percentuale degli utili da determinarsi in corso di causa. I convenuti, costituitisi, contestavano la pretesa avversaria ed eccepevano l'incompatibilità dell'impresa familiare con una struttura di tipo societario.

La domanda del familiare/lavoratore veniva accolta in primo grado e rigettata in appello, sulla base del riconoscimento delle opposte argomentazioni. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite in ultima istanza, rigettava il ricorso, ritenendolo infondato sia in punto di fatto che di diritto.

4. La mancanza di una previsione testuale all'interno dell'art. 230-bis c.c. riguardo all'esercizio anche in forma societaria dell'impresa familiare, a giudizio della Corte, è stata la causa delle tante incertezze sul piano ermeneutico, con particolare riguardo proprio alla natura giuridica dell'impresa familiare.

Secondo un primo indirizzo dottrinale¹, sostenuto anche in campo giurisprudenziale², l'impresa familiare aveva la natura giuridica di *un'associazione di persone*, tra loro legate da un vincolo di parentela o di affinità, al fine di esercitare in comune un'attività imprenditoriale. Tale associazione, meglio identificata con un'associazione non riconosciuta ovvero con una società *sui generis* o una società di fatto, avrebbe previsto il riconoscimento del potere di amministrazione dell'impresa in capo a tutti i collaboratori, in via congiunta per l'amministrazione straordinaria e in via disgiunta per l'amministrazione ordinaria³.

Nella prospettiva lungo cui si è posta la dottrina prevalente,⁴ l'impresa familiare non può che essere qualificata quale 'impresa individuale'⁵, stante la possibilità di poter acquisire

¹ G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Torino, 1978, 250; E. SIMONETTO, *L'impresa familiare: dubbi interpretativi e lacune normative*, in *Riv. Soc.*, 1976, 521; F. D. BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 1397 e ss.

² Cons. di Stato, parere, III sezione, 11 febbraio 1976.

³ G. BARALIS, *Appunti sull'impresa familiare*, in *Riv. Not.*, 1977, 26.

⁴ P. BENAZZO, *Commento all'art. 230-bis c.c.*, in *Codice Civile commentato*, a cura di G. BONILLINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, Utet, 2012, .



la qualifica di imprenditore al solo familiare che esercita l'attività d'impresa nei rapporti esterni, riservando agli altri familiari esclusivamente un diritto di partecipazione alla gestione nei rapporti interni.

La Suprema Corte, nella prima pronuncia sulla questione, aveva sostenuto la compatibilità del rapporto di impresa familiare con un'attività esercitata sotto la veste di una società di fatto, ritenendo all'occorrenza sufficiente che il previsto rapporto di coniugio, parentela, affinità, sussistesse con uno dei soci, pur precisando che la tutela del familiare collaboratore dovesse essere circoscritta alla quota del socio cui è riferibile il vincolo familiare⁶.

Successivamente, la Corte di Cassazione, sez. lavoro, nella sentenza del 6 agosto 2003, n. 11881⁷, in un caso particolare⁸ si era espressa in senso opposto, in particolare ritenendo corretta l'inapplicabilità dell'art. 230-bis c.c. all'impresa societaria, tenuto conto dell'esclusione di una compresenza di rapporti, di cui l'uno fondato sul contratto di società tra il debitore e i terzi soci, l'altro derivante dal vincolo di subordinazione al primo di un suo familiare.

Di segno opposto è stata, invece, un'altra interpretazione sposata dai giudici di legittimità, i quali con la sentenza n. 19116 del 23 settembre 2004, hanno ritenuto ammissibile la compatibilità tra l'art. 230-bis c.c. e la società di fatto con terzi, "nei limiti della quota societaria"; laddove nei confronti del terzo l'unico a restare socio sarebbe sempre e solo il titolare della quota⁹.

La Corte, in particolare, ha affermato che *"Il coniuge che svolga attività di lavoro familiare in favore del titolare di impresa ha diritto alla tutela prevista dall'art. 230-bis c.c., anche se l'impresa sia esercitata in forma individuale ma in società di fatto con terzi, in tale ipotesi applicandosi la disciplina di*

⁵ A sostegno di tale orientamento, oltre al dato testuale contenuto nell'art. 230-bis c.c., al terzo comma, da quale si ricava la distinzione tra la figura dell'imprenditore e del collaboratore, anche la considerazione che l'art. 29, L. 160 del 1975 (successivamente sostituito dall'art. 203 della legge 23 dicembre 1996, n. 662), prevedendo *"norme per il miglioramento dei trattamenti pensionistici"*, distingue tra colui che è titolare ed i componenti dell'impresa medesima.

⁶ Cass., 19 ottobre 2001, n. 13861, in *Famiglia*, 2001, con nota di L. BALESTRA; nella giurisprudenza di merito, in precedenza, App. Messina, 16 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 566, con nota di V. LOPILATO.

⁷ Cass., 6 agosto 2003, n. 11881, in *Not.*, 2005, 156, con nota di Sabatini, *Compatibilità tra impresa familiare e società di persone*, e in *Giur. Comm.*, 2006, 2, 47, nota di D. BUTTURINI, *Sull'applicabilità dell'art. 230-bis c.c. nel caso di esercizio in forma societaria dell'impresa: "In tema di impresa familiare, non è applicabile la disciplina dell'impresa commerciale gestita da una società in nome collettivo di cui sia compartecipe il congiunto (o l'affine) del lavoratore, poiché il concetto di lavoro familiare, applicabile alle sole imprese individuali, è estraneo alle imprese collettive in genere e sociali in particolare, non essendo configurabile nell'ambito della medesima compagine la coesistenza di due rapporti, uno fondato sul contratto di società e l'altro, fra il socio e i suoi familiari, derivante dal vincolo familiare o di affinità"*.

⁸ Nello specifico, la moglie dell'imprenditore aveva collaborato all'attività d'impresa esercitata dal marito in forma individuale per un certo numero di anni; successivamente il marito aveva dato avvio ad una "trasformazione" dell'impresa individuale in s.n.c., con la partecipazione del fratello come socio. I giudici di legittimità in questa sede avevano riconosciuto alla moglie la veste di partecipante all'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-bis c.c. limitatamente al periodo in cui l'impresa era stata esercitata in forma individuale, per quanto per il periodo successivo alla costituzione della società la natura della sua collaborazione non fosse, di fatto, per nulla cambiata.

⁹ Cass., sez. lav. 23 settembre 2004, n. 19116, in *Riv. Dir. Lav.*, 2005, 544, con nota di FALERI; Conforme Cass. 19 ottobre 2000, n. 13861, in *Riv. Dir. Lav.*, 2001, 4141 (con nota di M. AGOSTINI, *Sull'applicabilità dell'art. 230-bis c.c. al familiare del socio di fatto*), in *Foro it.*, 2001, 1226 (con nota di E. BUCCIANTE); in *Fam e dir.*, 2002, 160), (con nota di PINZONE).



cui al citato articolo 230-bis c.c., nei limiti della quota societaria, atteso che la nozione di impresa familiare non comporta necessariamente l'esistenza di un soggetto imprenditoriale collettivo familiare e che l'istituto ha natura residuale, venendo nel suo ambito regolati i diritti corrispondenti alle prestazioni svolte dal soggetto partecipante a favore del familiare che se ne avvale, anche quando questi utilizzi tale apporto per un'attività economicamente svolta quale socio di una società di fatto”.

A sostegno di tale orientamento, la Corte evidenzia nell'art. 230-bis c.c. diversi aspetti. In particolare, non opera alcuna distinzione tra impresa familiare e impresa collettiva, i diversi rapporti di cui all'art. 230-bis c.c. riguardano l'imprenditore e i suoi familiari, piuttosto che l'imprenditore e i terzi, la presenza di ragioni di superiore giustizia sostanziale che giustificerebbero una disciplina uniforme per le due fattispecie.

Tuttavia, le argomentazioni apparse più convincenti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2014 sono state quelle contenute in altre pronunce¹⁰, di segno diametralmente opposto rispetto a quest'ultima, più fedeli al dato letterale della disposizione in commento.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità, pur aderendo alla tesi dell'impresa individuale, ha tenuto a delineare una distinzione tra “*aspetto interno*” e “*aspetto esterno*”, ritenendo che solo con riferimento al primo aspetto l'impresa possa avere natura associativa.

Viene precisato, infatti, che dal momento in cui nell'ambito dell'impresa familiare manchi tra i familiari e la persona posta a capo dell'impresa un vincolo societario e un rapporto di lavoro subordinato, nasce spontanea una distinzione tra il rapporto associativo del gruppo familiare in fatto di regolamentazione dei vantaggi economici di ogni partecipante (cd. *aspetto interno*), e la situazione in cui l'unico gestore dell'impresa è solo il familiare imprenditore. Il quale è il solo titolare di diritti e obbligazioni nascenti dai rapporti con i terzi, pertanto, unico soggetto chiamato a rispondere illimitatamente (e solidalmente) con i propri beni personali – diversi dai beni comuni e indivisi dell'intero gruppo – con l'inevitabile conseguenza che il suo eventuale fallimento non si estende automaticamente ai semplici partecipanti dell'impresa familiare¹¹.

Superato il pregresso contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno ritenuto giusto aderire alla tesi dell'incompatibilità dell'impresa familiare con la disciplina delle società.

Di per sé la disposizione in tema di impresa familiare si presta – in ragione della natura degli interessi tutelati¹² – a essere configurata come una norma di copertura a carattere generale, considerato il suo obiettivo primario consistente nel creare una sorta di statuto protettivo in favore del familiare collaboratore, ogniqualvolta in cui le parti del

¹⁰ Tra le varie devono sicuramente essere menzionate la sentenza n. 28558 del 2 dicembre 2008, la sentenza n. 874 del 18 gennaio 2005 nonché la sentenza n. 13861 del 19 ottobre 2000.

¹¹ Tra tutte, Cass., 27 giugno 1990, n. 6559, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1991, 67 (con nota di E. LUCCHINI, *La natura dell'impresa familiare e la responsabilità dei familiari collaboratori*); in *Giust. civ.*, 1991, 667 (con nota di M. FINOCCHIARO, *Considerazioni brevissime sul fallimento dell'impresa familiare*); anche Cass. SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6951; in *Fisco*, 1993, 9366 (con nota di MOTTURA, *La trasformazione dell'impresa familiare in società di persone*). Sul punto anche P. MATERA, *Famiglia e diritto: profili evolutivi di un rapporto complesso*, in *Rass. Sist. di dir. e tecniche contrattuali*, Ipsoa, 2006, 116.

¹² Interessi consistenti nell'esigenza di offrire forme di tutela in favore del lavoro svolto in modo continuativo nell'ambito di un'attività d'impresa, il cui substrato sia rappresentato dalla comunità familiare.



rapporto (collaboratore familiare e imprenditore) non abbiano diversamente regolato il loro rapporto attraverso il ricorso allo strumento contrattuale¹³.

Il che val a quanto dire che, il punto cardine su cui si è incentrata la valutazione delle Sezioni Unite è stato, senza dubbio, il dato letterale così come riconosciuto dalla giurisprudenza prevalente¹⁴.

Infatti, da un'esegesi letterale della disposizione esaminata, si evince l'opzione del legislatore di utilizzare la parola "impresa", di matrice e con carattere oggettivo, in luogo di "imprenditore", quale soggetto obbligato.

Le fattispecie dell'impresa familiare e delle società, inoltre, sono incompatibili avuto riguardo alla disciplina patrimoniale relativa alla partecipazione del familiare agli utili e ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, che avviene in proporzione non alla quota di partecipazione, bensì alla quantità e qualità del lavoro prestato¹⁵.

Infatti, mentre in una società di persone il socio gode di un vero e proprio diritto agli utili ed agli incrementi, in una società di capitali egli ha solo un'aspettativa, non potendo reclamare alcun diritto sui beni o sugli incrementi aziendali, in quanto la distribuzione degli utili dipende da una delibera assembleare o da una decisione dei soci (cfr. artt. 2433 e 2479 c.c., co. 2, n. 1).

Tale contrasto si rende ancor più evidente se si considerano i diritti corporativi estesi al familiare del socio, il quale può prendere parte alle decisioni riguardanti l'impiego degli utili, degli incrementi, nonché la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi, ed addirittura la cessazione dell'impresa stessa.

Disposizioni, queste, in palese contrasto con quelle che regolano le società, in cui le modalità di assunzione all'interno di una compagine societaria sono riservate alle scelte degli amministratori o ai soci, con modalità previste secondo il tipo societario prescelto.

Nel soffermarsi sul carattere residuale della disposizione di cui all'art. 230-bis c.c., le Sezioni Unite sono giunte a concludere che, nel caso sussista un rapporto negoziale tipizzato, la disciplina sussidiaria dell'impresa familiare deve intendersi come fondamentale, nel sistema di tutele, qualora non serva a colmare un vuoto normativo.

Tali argomentazioni sono quelle prese in considerazione dalla Sezioni Unite, altresì ritenendo che l'art. 230-bis c.c., giacché riferito solo all'impresa individuale, sia incompatibile con qualsiasi tipo di società.

In particolare, nella fattispecie considerata, che è quella di una società in accomandita semplice, è da escludere la configurabilità dell'impresa familiare, potendosi solo ravvisare

¹³ V. COLUSSI, voce *Impresa familiare*, in *Noviss. Dig. It., Appendice IV*, Torino, 1983, p. 74; G. OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Comm. dir. it. Fam.*, a cura di G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, sub Art. 230-bis, III, Padova, 1992, p. 500; MASSINI, *Sull'adozione a maggioranza delle decisioni inerenti alla gestione straordinaria dell'impresa familiare coltivatrice ai sensi dell'art. 230-bis c.c.*, in *Giur. agr. it.*, 1989, 679; V. PANUCCIO, *L'impresa familiare*, cit. 169; V. COLUSSI, *op. cit.*, 5; F. D. BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, cit., 820; A. DI FRANCIA, *Il rapporto di impresa familiare*, cit., 442; G. OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., 509; M. TANZI, voce *Impresa familiare*, cit., 11; *contra* M. CORSI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, II, cit., 230.

¹⁴ Cass., sez. III, 21 maggio 2004, n. 9700; Cass., sez. lavoro, 13 aprile 1996, n. 3495; Cass., sez. lavoro, 17 novembre 1993, n. 11359; Cass. sez. lavoro 26 febbraio 1983, n. 1482.

¹⁵ Il diritto agli utili, ai beni acquistati con il loro impiego e agli incrementi è configurabile come un diritto di credito, il che non significa che il partecipante concorre con i creditori dell'impresa, perché il suo diritto può realizzarsi solo in quanto quelle attività vi siano al momento in cui il diritto sia esercitabile o esercitato, G. OPPO, in *Comm. Dir. It. Fam.*, III, 482, e ss.; V. COLUSSI, *op. cit.*, 81.



un rapporto di lavoro subordinato per il quale il ricorrente sarebbe legittimato a invocare la relativa tutela.

Ad avviso della Corte, quindi, l'art. 230-*bis* c.c. costituisce una norma eccezionale, discostandosi rispetto dalle norme generali in tema di prestazioni lavorative, impedendone ogni possibilità di interpretazione analogica¹⁶.

Di recente una parte della dottrina ha evidenziato, contrariamente all'indirizzo seguito dalle Sezioni Unite, che il rapporto di impresa familiare non si costituisce con il familiare imprenditore individuale, come non si pone con la società tra familiari, ma si instaura con l'impresa che vive "in famiglia", sia essa individuale o societaria.

Secondo questo orientamento, la mancata valutazione di quelli che erano l'intenzione e gli effettivi obiettivi perseguiti dal legislatore avrebbe impedito alla Corte di legittimità di cogliere la reale dimensione ed il tale istituto. Fattispecie questa che, così interpretata, riconoscerebbe una protezione in capo al familiare collaboratore da un eventuale sfruttamento, esclusivamente in presenza di un'impresa individuale e non anche di una gestione condotta da più familiari¹⁷.

In linea con queste argomentazioni, nella precedente sentenza n. 19116 del 2004, la Corte di Cassazione aveva ritenuto ammissibile la costituzione dell'impresa familiare nel caso di esercizio dell'attività di impresa da parte di una società di persone, limitatamente alla quota del socio familiare che sarebbe, poi, gravato dall'obbligo di mantenimento¹⁸.

Si è dato, talora, rilevanza alla circostanza che la forma societaria adottata in concreto potesse essere quella della società di fatto, all'interno della quale regna un principio di attenuazione dell'autonomia patrimoniale e una maggiore evidenza della componente personale¹⁹.

Tuttavia, sul piano sostanziale degli effettivi interessi in gioco, diviene rilevante il riferimento alla finalità di tutela che l'art. 230-*bis* c.c. riserva al lavoro familiare, in vista della protezione riservata al familiare collaboratore per la scelta della forma societaria di esercizio dell'attività, e nella prospettiva sostanziale diretta a evitare fenomeni elusivi²⁰.

¹⁶ Alcune pronunce hanno ritenuto l'istituto contemplato dall'art. 230-*bis* c.c. inapplicabile alla c.d. famiglia di fatto, tenuto conto del fatto che l'impresa familiare ruoterebbe intorno al cardine della famiglia legittima, individuata nei più stretti congiunti, di tal che l'equiparazione tra il coniuge ed il convivente sarebbe in contrasto con la circostanza che solo il matrimonio determina a carico dei coniugi conseguenze perenni ed ineludibili, come il dovere di mantenimento o di alimenti al coniuge (che permane anche con la cessazione degli effetti civili del matrimonio), mentre la convivenza è una situazione di fatto i cui elementi caratterizzanti sono la revocabilità unilaterale *ad nutum* e la precarietà; M. C. ANDRINI, *L'impresa familiare*, in *Azienda coniugale e impresa familiare*, a cura di D. VITTORIA e M. C. ANDRINI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1989, 224.

Altro orientamento, invece, ha ritenuto che le prestazioni lavorative tra conviventi *more uxorio* sarebbero da considerare prestazioni di cortesia gratuite e sfordite di valore contrattuale, salva la possibilità della prova di un contratto di lavoro subordinato o di un rapporto di impresa familiare, così che l'istituto dell'art. 230-*bis* c.c. sarebbe applicabile anche in presenza di una famiglia di fatto, quale formazione sociale atipica ma rivestita di rilevanza sul piano costituzionale.

¹⁷ M. CORSI, *Impresa in famiglia, impresa familiare e società*, in *Giuris. Comm.*, fasc. 3, 2015, 522.

¹⁸ M. LIBERTINI, *Sull'impresa familiare e sulla derogabilità della disciplina dell'art.20-bis c.c.*, in *L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, a cura di Maisano, Napoli, 1977, 126.

¹⁹ Cass., 19 ottobre 2000, n. 13861, in *Foro it.*, 2000, 1230.

²⁰ D. DE MARTINI, *Considerazioni sull'impresa familiare e sull'azienda gestita dai coniugi*, in *Dir. Fall.*, 1979, I, 16; in giurisprudenza, Cass. 19 ottobre 2000, n. 13861, *cit.*, *App.*, Torino, 26 luglio 2000, in *Giur. it.* 2000.



Con la sentenza n. 22732 del 4 ottobre 2013, la Corte di Cassazione aveva ritenuto che l'impresa familiare coltivatrice fosse equiparabile alla forma più elementare di impresa collettiva, ossia alla società semplice, con la conseguenza che, in caso di decesso, la quota del familiare consorziato sarebbe confluita nel suo asse ereditario. Così interpretando, la legittimazione passiva rispetto al credito per gli utili andrebbe riconosciuta all'impresa familiare e agli altri familiari consorziati (che risponderebbero di tale obbligazione con i beni comuni), piuttosto che agli eredi del capofamiglia defunto.

Di guisa che, la morte di un socio non è idonea a far venire meno l'organismo collettivo, con la conseguente applicabilità in via analogica dell'art. 2284 c.c. e l'impossibilità di far valere la domanda diretta alla liquidazione della quota di partecipazione agli utili nei confronti degli eredi del capofamiglia defunto, i quali, rispetto a tale *petitum* processuale, sarebbero appunto privati di legittimazione passiva²¹.

In un ultimo, il recente orientamento della Corte di Cassazione sez. lavoro, del 13 ottobre 2015, n. 20552²², in linea con la posizione assunta dalle Sezioni Unite del 2014, ha ribadito l'incompatibilità dell'esercizio dell'impresa familiare con la disciplina societaria, attesa, appunto, la partecipazione del familiare agli utili e ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, all'avviamento in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato e non alla quota di partecipazione, oltre che per il riconoscimento in capo al familiare del socio di diritti corporativi, in conflitto con le norme imperative che regolamentano il sistema societario.

Se così non fosse, a parere della Corte, si introdurrebbe un inedito metodo collegiale maggioritario, integrato con la presenza dei familiari dei soci nelle decisioni relative all'impiego degli utili e degli incrementi, alla gestione straordinaria e agli indirizzi produttivi, come anche alla cessazione dell'attività d'impresa. Allo stesso tempo, ad avviso della citata recente giurisprudenza, è da escludere la configurabilità di un'impresa tra due coniugi, qualora solo uno di essi eserciti un'attività commerciale in qualità di socio di una società di persone, essendo egli privo della qualità di imprenditore, tipica della società.

²¹ Cass., 4 ottobre 2013, 22732, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 1292.

²² Cass., sez. lavoro, 13 ottobre 2015, 20552, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015.



5. Le conclusioni cui sono approdate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno portato definitivamente ad escludere l'applicabilità dell'art. 230-*bis* c.c. alla prestazione di lavoro resa da un familiare o da un affine a favore dell'azienda, in relazione alle imprese costituite in forma societaria.

Tale istituto, pertanto, sarebbe applicabile solo alle imprese individuali, e non anche a quelle collettive, non potendosi configurare, all'interno di una medesima compagine, la compresenza di due rapporti, uno legittimato dal contratto di società e l'altro originato dal vincolo di tipo familiare o di affinità.

Sin dall'entrata in vigore della novella del 1975, la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, anche in sede costituzionale, è intervenuta in diverse occasioni per tentare di sciogliere il nodo gordiano sorto riguardo a questo particolare e singolare istituto: soprattutto sul tema relativo al rapporto tra l'impresa familiare ed il legame coniugale e la convivenza *more uxorio*, nonché in relazione all'esercizio dell'impresa in forma collettivo-societaria.

La copiosa e fitta elaborazione giurisprudenziale ha fatto emergere un punto fermo rappresentato dalla natura "residuale dell'istituto", il quale non può configurare un ulteriore regime patrimoniale dei coniugi, ma si accosta a quello prescelto, regolamentando un aspetto della vita patrimoniale dei consorti.

Su tale presupposto riposa la tendenza a escludere la riconducibilità dei rapporti relativi all'istituto in commento nell'alveo della disciplina societaria.

Nel corso degli anni, l'analisi del percorso giurisprudenziale illustrato ha evidenziato una tendenziale fermezza nel riconoscere all'istituto un carattere residuale, con la conseguente applicazione della disciplina contenuta nell'art. 230-*bis* c.c. unicamente in assenza di una differente regolamentazione.

Il carattere suppletivo comporta che la tutela in commento investa situazioni di apporto lavorativo del familiare nell'impresa, che non rientrano nel modello classico del lavoro subordinato, ovvero in quei vincoli sorti tra i membri della famiglia che trovano fondamento in un rapporto contrattuale diverso, come può essere quello societario.

L'enigma principale circa la natura individuale o collettiva dell'impresa familiare ha visto contrapporsi – come si diceva – due principali orientamenti, all'interno dei quali la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità, indirizzate nel primo senso, hanno evidenziato che i diritti dei collaboratori sono indipendenti dalla titolarità dell'azienda e rilevano solo sul piano obbligatorio, senza per questo determinare una modifica nella struttura dell'impresa facente capo al titolare di essa, al quale è riconosciuta la qualifica di imprenditore.

Ne consegue che imprenditore sarebbe solo colui che, effettivamente, ha la titolarità dell'impresa, è responsabile nei confronti dei terzi ed è soggetto al rischio di fallimento.

Diversamente nella prospettiva in cui si è collocato l'opposto e minore orientamento, propenso a riconoscere in capo a ciascun partecipante la veste di imprenditore, con i correlati poteri e le relative responsabilità, l'impresa familiare sarebbe idonea ad assumere rilevanza negli eventuali rapporti esterni con i terzi soggetti, e la conseguente estensione del fallimento a tutti i partecipanti.

Le Sezioni Unite nella sentenza in commento, dopo aver riepilogato i filoni giurisprudenziali delineatesi nel tempo sin dalla riforma del diritto di famiglia, sono arrivate ad affermare l'incompatibilità dell'impresa familiare rispetto a ogni tipologia societaria, suffragando il tutto con un consistente apparato argomentativo, peraltro, giungendo a



definire la disciplina sussidiaria dell'impresa familiare come "recessiva" nel sistema di tutele approntato, considerato che la stessa non è mirata a colmare un determinato vuoto normativo, poiché il rapporto che essa regola è tipizzato e dotato di una normativa compiuta ed autosufficiente.

A giudizio della Corte non sussiste alcun motivo fondato che possa limitare il criterio di residualità – che informa la disciplina dell'impresa familiare – al solo rapporto individuale tra imprenditore e familiare, ossia qualora sia in concreto ravvisabile un contratto associativo (nella forma della società occulta) o di scambio (come l'associazione in partecipazione, il lavoro subordinato, l'opera intellettuale), dovendo escludersi la possibilità di configurare l'istituto già quando l'esercizio dell'impresa rivesta la forma societaria.

Deve escludersi, peraltro, una lettura correttiva della norma, sostenuta da parte della dottrina e riflessa negli orientamenti giurisprudenziali difformi, secondo la quale, nell'obiettivo di salvaguardare l'unicità e la coerenza del sistema, si potrebbe portare avanti un'applicazione di tipo selettivo della disciplina in tema di impresa familiare, ovvero operare una sorta di "destrutturazione" della norma, separando il suo nucleo essenziale di applicazione necessaria e indiscutibile, caratterizzato dal diritto al mantenimento, riconoscibile anche in un rapporto tra familiare e socio, e la restante categoria di poteri (incompatibile con la regolamentazione societaria), avente natura eventuale e accessoria, e riferita alla sola impresa individuale.

Tale operazione, frutto di una forzatura ermeneutica e infedele al testo, determinerebbe una sorta di *'amputazione ortopedica della norma'* nella parte in cui non sarebbe compatibile con la disciplina societaria, al fine di preservarne l'applicazione in favore del familiare del socio.

Se non si può negare che con la riforma introdotta dalla legge del 1975 sia venuta meno la presunzione della gratuità delle prestazioni rese in seno al contesto familiare, al tempo stesso resta fermo il principio secondo cui non è possibile determinare a priori l'estensione della tutela, dovendosi ricostruire la stessa in via interpretativa, nel rispetto fedele al dettato della norma positiva.

Ai familiari che prestano in modo continuativo e prevalente la propria attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare, l'ordinamento codicistico riconosce diritti particolari, quali *'il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e, in seconda battuta, la partecipazione agli utili dell'impresa e ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda familiare ed ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato'*¹.

Oggi la disciplina concreta relativa alla figura dell'impresa familiare appare ispirata all'esigenza di regolare la sorte economica degli utili, degli incrementi e del trasferimento.

Viene, infatti, riconosciuta la prelazione in favore dei partecipi e assicurata la remunerazione del lavoro dei collaboratori, fermo restando che ciò che concretamente rileva è il risultato raggiunto a livello di consistenza patrimoniale dell'azienda, intesa come

¹ Appare, dunque, evidente come non il socio, ma la società personale sia il soggetto imprenditore, in quanto centro esponenziale di interessi collettivi (e quindi sovra individuali) dotato di autonoma soggettività, soggetta come tale allo statuto dell'imprenditore commerciale (art. 2214 c.c. e ss.) ed in particolare al fallimento: quello del socio di società di persone giustificandosi soltanto per la natura personale e diretta della sua responsabilità illimitata, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale, a prescindere dall'accertamento della sua personale insolvenza, appunto in difetto della sua autonoma qualità di imprenditore.



valorizzazione della stessa rispetto alla consistenza originaria. Gli utili sono, così, naturalmente destinati, salvo il diverso accordo, al reimpiego nell'azienda o in acquisti di beni e il diritto alla partecipazione agli utili coincide con la cessazione dell'impresa familiare o della collaborazione del singolo partecipante. Costui, cioè, sarà gravato dall'onere di dover dare conto della sussistenza di tali utili e degli incrementi dell'azienda, onde poter essere ammesso a parteciparvi².

Ciò comporta che l'impresa familiare non possa essere sovrapponibile all'impresa societaria e, nell'ambito dei diritti riconosciuti ai familiari collaboratori, non tutti si traducono in entità reddituali assoggettabili all'imposta.

Il decreto attuativo dell'imposta sui redditi³, infatti, rinvia testuale alle disposizioni civilistiche quando si aprono i discorsi circa la natura dell'impresa familiare.

Una considerazione fondamentale, da cui non si può prescindere, è che la disciplina della imposizione dei redditi delle imprese familiari di cui all'art. 230-*bis* c.c. resta estranea ai criteri di ripartizione degli utili applicabili nell'ambito di un rapporto societario o di tipo associativo.

I redditi attribuibili ai collaboratori dell'impresa familiare sono, infatti, sul versante impositivo totalmente estranei a quelli derivanti da una partecipazione societaria o di tipo associativo.

L'assimilazione tra imprenditore e socio, inoltre, sembra non considerare la piena differenza intercorrente tra le due figure, posto che se è vero che alle società di persone, dotate di autonoma soggettività, (artt. 2266, 2659 e 2839 c.c.) è possibile riconoscere la qualifica di imprenditore, simmetricamente, è da escludere la qualità di imprenditore commerciale in capo al socio⁴.

L'estensione della disciplina dell'impresa familiare alle società, nel determinare una caotica sovrapposizione di regolamentazioni, finirebbe quindi con l'attribuire al familiare estraneo alla società il potere di incidere sulle scelte gestionali che la legge, invece, riserva ai soli soci e organi della stessa.

Pertanto, l'impostazione seguita dalla Corte Suprema appare di indubbio rigore e pienamente rispettosa del dettato testuale di cui all'art. 230-*bis* c.c., oltre che della disciplina societaria stessa.

Resta, tuttavia, sullo sfondo l'esigenza di tutelare il lavoro prestato dal familiare a favore della società di cui siano soci i suoi parenti o affini, rispetto alla quale le Sezioni Unite hanno ritenuto che non esista un *deficit* di garanzia, trovando applicazione il rimedio sussidiario di chiusura dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c.

Ne discende che la tutela del lavoro prestato all'interno di una società familiare può essere ricercata all'interno di diversi istituti, rispetto ai quali l'impresa familiare ha solo un

² Questa tecnica rinvia una conferma anche a livello tributario, considerato che se da un punto di vista della corresponsione dell'imposta sui redditi delle persone fisiche viene operata una ripartizione del reddito in capo ai vari soggetti partecipanti all'impresa familiare (ferma restando la quota minima del 51% in capo al titolare), altre imposte come l'IRAP, che sono tipicamente riconducibili al reddito di impresa, non gravano sui collaboratori (Cass. civ. sez. V, n. 19777 del 2013).

³ Si veda in proposito il D.P.R. n. 597/1973 poi modificato dal D.P.R. n. 917/1986.

⁴ In particolare, ai fini della dichiarazione di fallimento, in estensione, laddove prevista in ragione della sua istituzionale responsabilità illimitata, che non presuppone l'autonoma insolvenza personale (Cass. civ. sez. I, 19 maggio 2000, 6541; Cass. civ. sez. I, 11 dicembre 2000, n. 15596) e che resta, diversamente, esclusa per il socio di una società di capitali unipersonale, ove pure l'assimilazione con la figura dell'imprenditore potrebbe apparire non arbitraria (Cass. civ. sez. I, 14 marzo 2004, n. 6128).



carattere residuale. In detta sede, la giurisprudenza di legittimità ha posto in rilievo la necessità che la parte, oltre a dar prova della prestazione della sua attività lavorativa, deve offrire anche la prova della sussistenza degli elementi sintomatici della subordinazione, quali il rispetto dell'orario di lavoro, l'inserimento all'interno della struttura organizzativa del datore e la sottoposizione alle direttive e al potere disciplinare⁵.

Le considerazioni sin qui esposte non impediscono di rilevare come la negazione *tout court* dell'operatività dell'art. 230-*bis* c.c., ogni qualvolta l'attività d'impresa sia svolta nella forma societaria, comporti di fatto un vero e proprio *vulnus* al sistema di tutele organizzato dalla novella, eludibile in quanto tale semplicemente mediante l'interposizione di uno schermo societario tra la persona del familiare che presta l'attività lavorativa e quella del titolare di quest'ultima, non potendosi trascurare che la distinzione intercorrente tra una struttura societaria e i soci che la compongono perde valore qualora sia chiaro e manifesto che la persona giuridica costituisca un mero espediente per realizzare scopi fraudolenti⁶.

In definitiva, per una corretta ed effettiva tutela degli interessi sottostanti alla disciplina dell'impresa familiare – comunemente ravvisati nell'esigenza di tutela del lavoro familiare e nell'obiettivo di impedire la perpetrazione di situazioni di abuso e di sfruttamento nell'ambito della comunità lavorativa familiare – occorrerebbe, in una prospettiva *de iure condendo*, una diversa soluzione che tenga più conto e attenzione dei medesimi.

⁵ Cass. sez. lav., 8 aprile 2011, n. 8070 e Cass. sez. lav. 22 novembre 2011, n. 24619.

⁶ L. BALESTRA, *Esercizio dell'attività di impresa in forma societaria e disciplina di cui all'art.230-bis c.c.: sull'asserita incompatibilità*, in *Dir. civ. cont.*, 2015, 128 e ss.; F. PROSPERI, *Impresa familiare*, Milano, 2006, 3 e ss.



ABOUT DATA PROTECTION: WHEN THE RETENTION BECOMES UNLAWFUL

FEDERICA PEZZA

SOMMARIO 1. The background; 2. The ruling; 3. “General and Indiscriminate Retention of Data”: a definition; 4. Drawing the line: the lawful retention; 5. Further developments.

1. The recent ECJ ruling in Joined Cases C-203/15 and C-698/15¹ on the validity of UK and Swedish national rules on data retention under EU law, represents a milestone for data protection in EU.

The set of rules was the expression of a general obligation of data retention, required by the Directive 2006/24/EC². However, the same Court in 2014 in the Digital Rights Ireland ruling³, decided for the invalidity of the Directive. As a result, two references were made to the ECJ concerning these national provisions. More specifically, according to the contested UK rules, the Secretary of State was able to require public telecommunication operators the retention of users’ data, for a period of 12 months and with the exclusion of their contents. Differently, Swedish law stretched these limits, requiring the providers “*to retain systematically and continuously and with no exceptions all the data of their users with respect to all means of electronic communication*”.

¹ See <https://www.documentcloud.org/documents/3245182-CP160145EN.html> for the Press Release and

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186492&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=516300> for the full ruling.

² Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC.

³ [Hereinafter ‘Digital Rights’].



2. The main question was whether similar rules, imposing a general obligation to retain data on the providers and granting access to national authorities, were compliant with EU law and, in particular, the Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communication¹ and the Charter of Fundamental Rights of the European Union². The answer to this question is pretty clear: EU law “*precludes any national rule prescribing general and indiscriminate retention of data*”.

¹ Directive 2002/58/EC on Privacy and Electronic Communications.

² Art 7 on the respect of private life and Art 8 on protection of personal data of the Charter of Fundamental Rights of the European Union [Hereinafter ‘the Charter’].



3. But what does “*general and indiscriminate retention of data*” mean?

According to “*settled case law*” and namely, to the above mentioned Digital Rights judgement of 2014, “*derogations should apply only in so far as is strictly necessary*”¹. Quite interestingly, the Court applied the same principle in another significant case last year, when ruling on Facebook Ireland and the transfer of some of its users data to servers located in the US.² In the proceedings, initiated by Maximilian Schrems, the Court, having to decide whether the US safe harbor provisions were “adequate” under Directive 95/46³, ruled out their validity, expressly referring to the principles laid down in Digital Rights⁴.

Specifically, there are two main points to be stressed in the reasoning of the Court. On one side, it assessed that “*to establish the relevance of the violation it does not matter the nature of the data concerned*”⁵. This is because this data allows “*very precise conclusions to be drawn concerning the private life of the persons concerned*”. Thus, “*the interference in the fundamental rights enshrined in Art and 8 of the Charter is very far reaching and must be considered to be particularly serious*”. Secondly, the ECJ pointed out that “*protection of fundamental right to respect for private life requires derogations and limitations to apply only in so far as it is strictly necessary*”⁶. As a result, legislation permitting public authorities to have access “*on a generalized basis*” to the content of electronic communication, without an “*objective criterion*” by which to determinate the limits of the access and the specific purposes, must be regarded as not compliant with EU law⁷.

¹ Watson at 96.

² C-362/14 Schrems v Data Protection Commissioner [Hereinafter ‘Schrems’].

³ And, in essence, the validity of Commission Decision 2000/520EC on the adequacy of these provisions.

⁴ See also *Google Spain and Google* further stressing the relevance of art 7 and 8.

⁵ At 97. See also Schrems p.87 and Digital Rights at 33.

⁶ See Schrems at 92, Digital Rights at 52.

⁷ Schrems at 92 and 93 / Digital Rights at 52 and at 57 to 61.



4. However, “Article 15(1) of Directive 2002/58, read in the light of Articles 7, 8 and 11 and Article 52(1) of the Charter, does not prevent a Member State from adopting legislation permitting, as a preventive measure, the targeted retention of traffic and location data, for the purpose of fighting serious crime, provided that the retention of data is limited, with respect to the categories of data to be retained, the means of communication affected, the persons concerned and the retention period adopted, to what is strictly necessary”¹. In other words, four conditions have to be satisfied for a lawful retention: a) It has to provide for sufficient guarantees², c) being based on objective evidence, d) and it has to clearly define the modalities and the circumstances under which the competent authorities are to be granted access to the data³. Finally, data is to be stored within the EU. A condition, the latter, which, deriving from the Schrems ruling, witnesses the inadequacy of non-EU legislations to promote the respect of private life and personal data, according to the EU Charter.

¹ Watson at 107.

² In fact, at 100 “The fact that the data is retained without the subscriber or registered user being informed is likely to cause the persons concerned to feel that their private lives are the subject of constant surveillance”.

³ And be subject to further review by competent authorities.



5. What's next?

In the current situation, it is hard to anticipate what will be the future developments for data protection in Europe and elsewhere. New legal conflicts might follow on the validity of national and international laws, connected to innovative technologies; the same notion of authorised restriction might change. Recently, following the Schrems success, a class action has been initiated against Facebook from 25000 users all over the world. The Austrian supreme court¹ has now asked the CJEU to rule on the procedural validity of such a claim under EU law. A positive outcome could further modify the current EU legal framework. In other words, it is too early for conclusions to be drawn at this stage. Meanwhile, today's ruling has to be read as further recognition of data protection relevance, raising awareness on the need of carefully shaping the limitations allowed, not only when coming to non-EU countries but also when considering EU national rules.

¹See [Hhttp://www.europe-v-facebook.org/sk/OGH_Vorlage.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/sk/OGH_Vorlage.pdf) and [Hhttp://www.europe-v-facebook.org/sk/PA_OGH_en.pdf](http://www.europe-v-facebook.org/sk/PA_OGH_en.pdf).



GIURISPRUDENZA

ESECUZIONE FORZATA

CASS. CIV. SEZ. UNITE, SENT., 15-11-2016, N. 23225

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CANZIO Giovanni - Primo Presidente -

Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente Sezione -

Dott. CHIARINI Maria Margherita - rel. Presidente Sezione -

Dott. BERNABAI Renato - Consigliere -

Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere -

Dott. SPIRITO Angelo - Consigliere -

Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -

Dott. VIRGILIO Biagio - Consigliere -

Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 24178/2012 proposto da:

AI MORI DI L.F. & C. S.N.C., in persona dell'Amministratore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato LUIGI ALBISINNI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati CARLO STRAULINO e GIOVANNI CESARI, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

GEFIM RE S.R.L., (già GEFIM IMMOBILIARE DI E.S. & C. S.A.S.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, LUNGOTEVERE DEI MELLINI 10, presso lo studio dell'avvocato FILIPPO CASTELLANI, rappresentata e difesa dall'avvocato PAOLA GIGLIO, per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1106/2012 del TRIBUNALE di VENEZIA, depositata il 19/06/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/03/2016 dal Presidente Dott. MARIA MARGHERITA CHIARINI;

udito l'Avvocato Filippo CASTELLANI per delega dell'avvocato Paola Giglio;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DEL CORE Sergio, che ha concluso per l'accoglimento dei primi due motivi del ricorso, assorbiti gli altri.

Svolgimento del processo

1.- Il Tribunale di Venezia, con sentenza n. 1160 in data 27 aprile 2009, accolse



l'opposizione della società Ai Mori al decreto ingiuntivo ottenuto dalla società GE.F.IM. e condannò quest'ultima al pagamento delle spese di giudizio (Euro 2.240,29).

La società ai Mori, con atto notificato l'11 febbraio 2010, intimò alla società GE.F.IM. precetto per il pagamento, oltre le spese. L'intimata si oppose all'esecuzione dinanzi al giudice di Pace di Venezia contestando alcuni diritti di procuratore richiesti ed eccependo la compensazione legale del debito, fino alla concorrenza, con un credito di minor importo ex altera causa, ma omogeneo - condanna della società ai Mori a rimborsarle le spese giudiziali, emessa con sentenza n. 16 del Tribunale di Venezia il 5 gennaio 2010 - e chiese di accertare l'inefficacia o la nullità del precetto per le somme non dovute, con vittoria di spese, quantificando il residuo credito della società ai Mori in Euro 1.640,35.

La società Ai Mori eccepì la cessazione della materia del contendere perchè il 15 marzo 2010 la GE.F.IM. aveva pagato all'ufficiale giudiziario senza riserve l'importo intimato. Si oppose alla compensazione perchè il controcredito - spese giudiziali - non era certo in quanto la sentenza del Tribunale n. 16 del 5 gennaio 2010 non era passata in giudicato, e contestò la voce "spese per registrazione sentenza".

2.- Con sentenza del 16 luglio 2010 il Giudice di Pace accolse l'opposizione poichè a decorrere dalla pubblicazione della sentenza a favore della GE.F.I.M. - 5 gennaio 2010 - era venuto a coesistenza il credito, liquido ed esigibile, di detta società; dichiarò perciò l'estinzione dei crediti, fino alla concorrenza, accertò il residuo credito della società ai Mori (Euro 1.140) e dichiarò la nullità del precetto per l'eccedenza. Poichè la società GE.F.IM. aveva pagato all'ufficiale giudiziario la somma intimata, condannò la società Ai Mori a restituire alla società GE.F.IM. la somma di Euro 2.183,33 oltre agli interessi dal giorno del pagamento all'ufficiale giudiziario.

La società Ai Mori propose appello per erronea applicazione dell'art. 1243 c.c., perchè il credito opposto in compensazione dalla GE.F.IM. non era certo sì che il giudice dell'opposizione all'esecuzione non poteva dichiarare l'estinzione di ogni reciproca ragione fino alla concorrenza, travalicando l'ambito del relativo giudizio, e sconfinando nella potestas iudicandi del giudice dell'impugnazione.

3.- Con sentenza del 19 giugno 2012 il Tribunale di Venezia ha respinto l'appello della s.n.c. Ai Mori nei confronti della GE.F.IM. s.a.s..

Ha proposto ricorso per cassazione la società Ai Mori, con atto del 25 ottobre 2012. Ha proposto controricorso la s.r.l. GEFIM RE, già GEFIM Immobiliare s.a.s. per atto di scissione del 2 maggio 2011, già GE.F.IM. s.a.s. per atto di scissione dell'11 marzo 2010.

La ricorrente ha depositato memoria.

4.- La Terza Sezione Civile di questa Corte, con ordinanza n. 18001 del 2015, ritenuta l'ammissibilità del ricorso notificato alla s.a.s. GE.F.IM., società scissa e perciò non estinta, e la facoltà della s.r.l. GEFIM RE di intervenire nel giudizio a norma dell'art. 111 cod. proc. civ., allegando i presupposti della sua legittimazione, rilevava il contrasto tra l'orientamento di legittimità, secondo il quale se il credito opposto in compensazione non è certo, e cioè se il titolo giudiziale non è definitivo, non opera la compensazione, e la sentenza n. 23573 del 2013, secondo cui tale circostanza non è di ostacolo alla possibilità di opporre il controcredito in compensazione, e rimetteva la relativa questione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Fissata l'udienza dinanzi alle Sezioni Unite, la ricorrente ha depositato altra memoria.

5.- Il P.M., ritenuta l'ammissibilità del ricorso, ha pregiudizialmente rilevato l'estraneità al thema decidendum della questione di contrasto perchè si è formato il giudicato interno



sulla premessa giuridica della sentenza impugnata secondo cui possono essere compensati esclusivamente i crediti certi, che, se contestati in giudizio, divengono tali solo a seguito del passaggio in cosa giudicata della sentenza che ne riconosca l'an e il quantum. Da questa premessa, costituente autonoma ratio decidendi, non impugnata, il Tribunale ha però addossato al creditore, che contesti il controcredito, l'onere probatorio del mancato passaggio in giudicato della sentenza che lo accerta, e questa statuizione è stata impugnata dalla società Ai Mori sul presupposto che alla data del 5 gennaio 2010 non era ancora infruttuosamente elasso il termine per impugnare la sentenza che l'aveva condannata a pagare le spese giudiziali alla società GE.F.IM. Perciò, essendosi formato il giudicato interno sulla non deducibilità in compensazione di un credito litigioso, la questione in contrasto - ossia la opponibilità o meno in compensazione di un credito contestato - non può esser rimessa in discussione sollevandola ex officio.

In subordine, il P.M. ha concluso per la riaffermazione dei principi di diritto consolidati di questa Corte, argomentandone le ragioni.

Motivi della decisione

1.- Va pregiudizialmente disatteso il rilievo della società GEFIM RE s.r.l. di inammissibilità del ricorso della società Ai Mori s.n.c. in quanto proposto nei confronti della società GE.FIM. s.a.s. anziché della GEFIM RE s.r.l., nuovo soggetto risultante dalla scissione del 2 maggio 2011 della società GEFIM Immobiliare s.a.s., già GE.F.IM. s.a.s. per scissione dell'11 marzo 2010.

Ed invero, la scissione, disciplinata dagli artt. 2506 e segg. a decorrere dal 1 gennaio 2004 per effetto dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, consistente nel trasferimento del patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, contro l'assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime ai soci della società scissa, si traduce in una fattispecie traslativa, che, sul piano processuale, non determina l'estinzione della società scissa ed il subingresso di quella risultante dalla scissione nella totalità dei rapporti giuridici della prima, ma si configura come una successione a titolo particolare nel diritto controverso, che, ove intervenga nel corso del giudizio, comporta l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 111 cod. proc. civ. (Cass. 30246 del 2011); con la conseguenza che il processo prosegue fra le parti originarie (Cass. 6471 del 2012), con facoltà per il successore di resistere con controricorso all'impugnazione "ex adverso" proposta davanti alla Corte di Cassazione nei confronti del suo dante causa, pur non avendo partecipato al processo nei precedenti gradi di giudizio (tra le altre, Cass. 11757 del 2006, 10902 del 2004, 2889 del 2002, 5822 del 1999, 4742 del 1998).

2.- Con il primo motivo di ricorso la società Ai Mori lamenta: "Art. 360 c.p.c., n. 3. Violazione dell'art. 1243 c.c., per difetto di presupposto della compensazione legale".

3.- Con il secondo motivo lamenta: "Art. 360 c.p.c., n. 3, - Violazione dell'art. 2697 c.c., per errata attribuzione di un onere probatorio inesistente".

4.- Con il terzo motivo la medesima deduce: "Art. 360 c.p.c., n. 3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 615 c.p.c.", per avere il Giudice di Pace non soltanto pronunciato la compensazione legale tra contrapposti crediti non ancora certi, ma altresì accertato il residuo credito della società Ai Mori di Euro 1.140, così incidendo sui titoli costitutivi giudiziali e modificandone il decisum.

5.- Con il quarto motivo censura: "Art. 360 c.p.c., n. 3 - Violazione della norma di diritto di cui all'art. 112 c.p.c.", per avere il giudice dell'opposizione illegittimamente rilevato eccezioni di ufficio.



6.- Con il quinto motivo si duole: "Art. 360 c.p.c., n. 5, in relazione all'art. 494 c.p.c.. Motivazione insufficiente sulla mancata declaratoria di cessazione della materia del contendere conseguente all'avvenuto pagamento del debito della società GE.F.IM. eseguito a mani dell'ufficiale giudiziario senza riserva di ripetizione".

7.- I motivi, congiunti, sono inammissibili per carenza di interesse non essendovi più controversia tra le parti sulla certezza dei reciproci crediti.

Ed infatti la controricorrente rileva che la sentenza n. 16 del 2010 - titolo costitutivo del suo credito opposto in compensazione - era passata in giudicato il 21 giugno 2010 in quanto notificata ai sensi degli artt. 170 e 285 c.p.c., il 21 maggio 2010 e quindi prima della notifica del 26 ottobre 2010 dell'appello della società Ai Mori, così come era divenuto incontrovertibile il credito di quest'ultima società, fondato sulla sentenza n. 1160 del 2009, notificata il 19 novembre 2009 e non impugnata dalla GE.F.IM.. E la ricorrente - in specie nella memoria del 27 gennaio 2015 - è d'accordo sulla circostanza che i rispettivi titoli costitutivi - sentenze di condanna al rimborso delle spese giudiziali - sono divenuti incontrovertibili prima della sentenza di primo grado del 16 luglio 2010 che ha definito il giudizio di opposizione all'esecuzione, dichiarando l'avvenuta estinzione per compensazione del credito della società Ai Mori dalla coesistenza, e fino alla concorrenza, del controcredito della GE.F.IM. Perciò è ormai venuto meno l'interesse della ricorrente alla decisione delle censure proposte.

8.- Tuttavia le Sezioni Unite ritengono di comporre il contrasto originato dalla sentenza 23573/2013 della Terza Sezione Civile ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, ribadendo i consolidati principi di diritto.

8.1 - La compensazione è disciplinata dal libro quarto, capo 4^o - Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento - Sezione III del codice civile (dopo la novazione e la remissione).

L'art. 1241 - Estinzione per compensazione - dispone: "Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono.". L'art. 1242, comma 1, prosegue: "La compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d'ufficio." L'art. 1243 - Compensazione legale e giudiziale - continua: "La compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono ugualmente liquidi ed esigibili". Il secondo comma stabilisce: "Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito fino all'accertamento del credito opposto in compensazione".

Per credito liquido - espressione letterale dell'art. 1243 c.c., comma 1, che si attaglia alle obbligazioni pecuniarie o omogenee e fungibili deve intendersi il credito determinato nell'ammontare in base al titolo, come si desume anche dall'identica espressione contenuta in altre norme: l'art. 1208 c.c., n. 3, sui requisiti di validità dell'offerta reale dell'obbligazione prevede una somma per le spese "liquide" e un'altra somma per quelle "non liquide"; l'art. 1282 c.c., stabilisce che i crediti liquidi (ed esigibili) producono interessi; l'art. 633 c.p.c., stabilisce come condizione di ammissibilità del provvedimento monitorio un credito di una somma liquida di danaro.

L'ulteriore requisito della certezza sull'esistenza del credito non si desume dalla formulazione dell'art. 1243 c.c., comma 1, perchè la liquidità attiene all'oggetto della



prestazione, mentre la certezza attiene all'esistenza dell'obbligazione, e quindi al titolo costitutivo del credito. Perciò la contestazione del titolo non è in sé contestazione sull'ammontare del credito, come determinato in base al titolo, ma se questo è controverso la liquidità e l'esigibilità sono temporanee e a rischio del creditore. E allora, attesa la finalità dell'istituto della compensazione - estinzione soddisfattoria reciproca (il che peraltro postula che anche il credito principale sia certo, liquido ed esigibile), che non può verificarsi se la coesistenza del controcredito è provvisoria, la giurisprudenza, da tempo risalente (Cass. n. 620 del 1970) ha affermato che non ricorre il requisito della liquidità del credito non solo quando esso non sia certo nel suo ammontare, ma anche quando ne sia contestata l'esistenza. Da qui l'ormai consolidato principio che per l'operatività della compensazione legale il titolo del credito deve essere incontrovertibile, ossia non essere più soggetto a modificazioni a seguito di impugnazione (Cass. 6820 del 2002, 8338 del 2011) non solo nella sua esattezza, ma anche nella sua esistenza (credito certus nell'an, quid, quale, quantum debeatur).

Perciò accanto ad una nozione di liquidità sostanziale del credito in base al titolo, si è aggiunta una nozione di "liquidità" processuale stabilizzata che non sussiste se il creditore principale contesta, non pretestuosamente, nell'an e/o nel quantum, il titolo che accerta il controcredito o potrebbe contestarlo (credito litigioso).

La locuzione contenuta nell'art. 1243 c.c., comma 2, - "Se il debito opposto in compensazione.. è di facile e pronta liquidazione.." - è stata interpretata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità nel senso che soltanto l'"accertamento" - nel senso di determinabilità - pronto, ossia in tempo processuale breve, e facile, ossia metodicamente semplice (es. mediante calcolo degli interessi), del controcredito - e per questo riservato dalla norma al giudice dinanzi al quale il processo deve proseguire - può giustificare il ritardo della decisione sul credito principale - certo, liquido ed esigibile - onde dichiarare estinti entrambi i rispettivi crediti per compensazione, secondo la ratio dell'istituto: il vantaggio delle parti di risolvere celermente in unica soluzione le reciproche pretese salvaguardando una ragione di equità, perchè non è giusto che sia condannato all'adempimento chi a sua volta ha un concorrente credito.

Questa Corte, con orientamento pressochè unanime, ha enunciato i seguenti principi:

- 1) la compensazione legale opera di diritto, su eccezione di parte, e per avere efficacia estintiva "satisfattoria" deve avere ad oggetto due contrapposti crediti certi, liquidi, ossia determinati nella consistenza ed ammontare, omogenei ed esigibili (requisiti desumibili dai rispettivi titoli costitutivi: Cass. 22 ottobre 2014, n. 22324; Cass. 11 gennaio 2006, n. 260);
- 2) se il requisito della liquidità del controcredito opposto in compensazione manca, ma il giudice dinanzi al quale è formulata l'eccezione ne ritiene la facile e pronta liquidabilità - giudizio di fatto, insindacabile in cassazione può dichiarare la compensazione fino alla concorrenza per la parte del controcredito che riconosce esistente, e può anche sospendere cautelativamente la condanna per il credito principale fino all'accertamento - id est liquidazione - del controcredito;
- 3) la provvisorietà dell'accertamento del controcredito in separato giudizio non può provocare l'effetto dell'estinzione del credito principale, la quale investe - elidendola irrimediabilmente - la stessa sussistenza, ontologicamente considerata, della ragione di credito e non soltanto la sua tutela esecutiva;
- 4) l'eseguibilità del titolo giudiziale che accerta il credito non attiene alla certezza, ma solo alla tutela anticipata del medesimo, mediante la sua immediata azionabilità (Cass. 8338 del



2011);

5) la compensazione legale si distingue da quella giudiziale perchè per la ricorrenza della prima i due crediti contrapposti devono essere certi, liquidi ed esigibili anteriormente al giudizio, mentre per la seconda il credito opposto in compensazione non è liquido, ma viene liquidato dal giudice nel processo, purchè reputato di "pronta e facile liquidazione";

6) se l'accertamento del credito opposto in compensazione pende dinanzi ad altro giudice, è questi che deve liquidarlo (Cass. 1695 del 2015, 9608 del 19 aprile 2013);

7) in quest'ultimo caso il giudice dell'eccezione di compensazione non può sospendere il giudizio sul credito principale ai sensi dell'art. 295 c.p.c., o art. 337 c.p.c., comma 2, qualora nel giudizio avente ad oggetto il credito eccepito in compensazione sia stata emessa sentenza non passata in giudicato (Cass. n. 325 del 1992), ma, non potendo realizzarsi la condizione prevista dall'art. 1243 c.c., comma 2, - che costituisce disciplina processuale speciale ai fini della reciproca elisione dei crediti nel processo instaurato dal creditore principale - (il giudice) deve dichiarare l'insussistenza dei presupposti per elidere il credito agito e rigettare l'eccezione di compensazione;

8) se la certezza del controcredito - il cui onere della prova spetta all'eccepiente (Cass. 5444/2001) - si matura nel corso del giudizio sul credito principale, anche in appello, gli effetti estintivi della compensazione legale decorrono dalla coesistenza dei crediti;

9) l'eccezione di compensazione non configura un presupposto di natura logico-giuridica sui requisiti del credito principale il cui accertamento giustifichi il sacrificio delle ragioni di tutela di questo oltre i limiti previsti dalla stessa norma - ossia la possibilità di procrastinare, cautelativamente (Cass. 5319 del 09/08/1983), la condanna ad adempiere del debitore fino alla pronta e facile liquidazione, nel medesimo processo, del credito opposto in compensazione - consentendo di sospendere la decisione sulla causa principale fino al passaggio in giudicato del giudizio sul controcredito come se questo pregiudicasse, in tutto o in parte, l'esito della causa sul credito principale (Cass., 3 ottobre 2012, n. 16844, Cass., 4 dicembre 2010, n. 25272).

9.- La Terza Sezione civile, con sentenza n. 23573 del 2013, si è consapevolmente discostata da questi principi collegando la disciplina sostanziale dell'eccezione di compensazione con quella processuale ed in particolare:

art. 35 - "Eccezione di compensazione" -: "Quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su un titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l'esecuzione della sentenza alla prestazione di una cauzione; altrimenti provvede a norma dell'articolo precedente";

art. 34 - Accertamenti incidentali -: "Il giudice se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o per valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa dinanzi a lui";

art. 40 c.p.c. - Connessione -: "Se sono proposte dinanzi a giudici diversi più cause le quali, per ragioni di connessione, possono essere decise in un solo processo.; Nei casi previsti dagli artt. 34, 35 e 36, le cause cumulativamente proposte o successivamente riunite debbono essere trattate con il rito ordinario..".

art. 295 c.p.c. - sospensione necessaria -: "Il giudice dispone che il processo sia sospeso in



ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa";

art. 337 c.p.c., comma 2 - Sospensione dell'esecuzione e dei processi -: "Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo questo può esser sospeso se tale sentenza è impugnata".

9.1 - L'applicabilità delle suddette norme processuali alle innanzi richiamate norme sostanziali non è condivisibile.

Muovendo dalla considerazione contenuta nella sentenza n. 23573 del 2013, secondo cui, se l'art. 35 c.p.c., disciplina la competenza a decidere il controcredito eccetto nel giudizio sul credito principale, la stessa norma deve applicarsi allorchè il controcredito è già sub iudice poichè eccetto ai sensi dell'art. 1243 c.c., comma 2, emerge che i piani tra le norme sulla competenza, a cui appartiene il suddetto art. 35, e la disciplina sostanziale sulla compensazione - art. 1241 c.c. e segg. - non si intersecano.

Ed invero, pacifico per giurisprudenza e dottrina che i requisiti prescritti dall'art. 1243 c.c., comma 1, per la compensazione legale, e cioè l'omogeneità dei debiti, la liquidità, l'esigibilità e la certezza, devono sussistere necessariamente anche per la compensazione giudiziale, il secondo comma di detta norma si limita a consentire al giudice del credito principale di liquidare il controcredito opposto in compensazione soltanto se il suo ammontare è facilmente e prontamente liquidabile in base al titolo. Ma per esercitare questo potere discrezionale - esclusivo e specifico (Cass., 3 ottobre 2012, n. 16844, Cass., 4 dicembre 2010, n. 25272) - al fine di dichiarare la compensazione giudiziale, il controcredito deve essere certo nella sua esistenza e cioè non controverso.

Se il controcredito è contestato, come prevede l'art. 35 c.p.c., allora non è certo, e quindi non è idoneo ad operare come compensativo sul piano sostanziale, e l'eccezione di compensazione va respinta.

L'ambito di contestazione del controcredito opposto in compensazione secondo l'art. 1243 c.c., secondo comma, è infatti limitato alla liquidità del credito, mentre la contestazione sulla sua esistenza - a meno che essa sia prima facie pretestuosa e infondata (Cass. 6237 del 1991) - lo espunge dalla compensazione giudiziale (Cass. 10352 del 1993). Soltanto la contestazione sulla liquidità del credito opposto in compensazione consente al giudice del credito principale - con accertamento discrezionale di merito, che presuppone la sua competenza, ed incensurabile in Cassazione - di determinarne l'ammontare se è facile e pronto, sopperendo alla mancanza di questo requisito mediante un'attività ricognitiva - attuativa del titolo, funzionale all'eccezione di compensazione.

La disciplina contenuta nell'art. 1243 c.c., comma 2, consiste nell'inoperatività dell'eccezione di compensazione, sia legale che giudiziale, se è controverso l'an del controcredito, analogamente al caso in cui il credito opposto in compensazione non è di pronta e facile liquidazione (Cass. 10352/1993, cit.). Il giudice del credito principale ha o la possibilità di dichiarare la compensazione per la parte di controcredito già liquida, o di sospendere, eccezionalmente, la condanna del credito principale fino alla liquidazione di tutto il credito opposto in compensazione, ma non di ritardare la decisione sul credito principale fino all'accertamento, da parte di egli stesso o di altro giudice, dell'esistenza certa di quello opposto in compensazione; altrimenti sarebbe pleonastico il sintagma "di pronta e facile liquidazione" richiesto dalla norma. Nè d' altro canto a tal fine può applicarsi analogicamente la disciplina dell'art. 35 c.p.c., non potendosi ravvisare il canone interpretativo dell'*eadem ratio*.



9.2- Peraltro, neanche le norme sulla modificazione della competenza per ragioni di connessione, contenute nel libro Primo, Sezione IV, del codice di rito legittimano il meccanismo processuale della condanna con riserva e della sospensione del giudizio sulla compensazione che la sentenza n. 23573/2013 ritiene applicabile onde consentire di poter sempre opporre, davanti al giudice investito del credito principale, la compensazione con un credito la cui esistenza sia in corso di accertamento in separato giudizio, in modo da garantire comunque l'operatività della compensazione pur se al momento della relativa eccezione il credito opposto non era ancora accertato con provvedimento giudiziale definitivo, e così impedire che il passaggio in cosa giudicata del titolo giudiziale definitivo sull'esistenza del credito opposto in compensazione intervenga in un momento in cui non sia più possibile farlo valere, a quel titolo e a quei fini, per essere stato definitivamente esitato il giudizio promosso dal creditore-debitore contrapposto.

9.2.1 Da un lato, è principio immanente, innucleato nell'art. 1243 c.c., comma 2, che la compensazione giudiziale è processualmente rilevante soltanto quando il giudice del credito principale sia competente anche per il credito opposto in compensazione, con conseguente esclusione dell'eccezione di compensazione fondata su un credito la cui certezza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso. Non solo la disciplina speciale contenuta nell'art. 1243 c.c., consente la sospensione cautelativa della decisione sul credito principale soltanto se il credito opposto in compensazione è di facile e pronta liquidazione, ma sia il conferimento di questo potere al giudice del credito principale, sia la finalità con esso perseguita, postulano che il giudizio prosegua dinanzi al giudice del credito principale per consentirgli di effettuare la valutazione e la liquidazione del controcredito prevista dalla norma. E quindi, come nel caso in cui l'accertamento del credito opposto in compensazione non sia facile e pronto il giudice del credito principale, per espressa previsione normativa, non ha il potere di sospendere la decisione su quest'ultimo, ma deve immediatamente decidere su di esso, così a maggior ragione non può sospendere la decisione a norma dell'art. 295 c.p.c., o art. 337 c.p.c., comma 2, che certamente gli precludono qualsiasi valutazione di pronta o facile liquidazione del controcredito in quanto spettante al giudice competente.

9.2.2- Dall'altro, l'interpretazione dell'art. 1243 c.c., comma 2, non solo non collide con la disposizione contenuta nell'art. 35 c.p.c., ma ne costituisce conferma. Detta norma processuale prevede che se il giudice non è competente sull'eccepito controcredito contestato ed il credito principale è fondato su titolo non controverso o facilmente accertabile, decide prontamente su di esso - (conformemente all'esigenza desumibile anche dall'art. 1243 c.c., comma 2, di decidere il più rapidamente possibile sul credito, se del caso subordinando la condanna ad una cauzione, analogamente alla sospensione cautelativa dell'art. 1243 c.c., comma 2) - e quindi non ne sospende la decisione, nè ai sensi dell'art. 295, nè ai sensi dell'art. 337 c.p.c., comma 2, e rimette la decisione sull'eccezione al giudice competente. Se invece il credito principale non è fondato su titolo non controverso o facilmente accertabile, rimette la decisione su entrambi i crediti al giudice competente sul credito opposto in compensazione, a norma dell'art. 34 c.p.c., a cui rinvia l'art. 35 c.p.c., u.c., - che così assume la configurazione di eccezione riconvenzionale di compensazione.

Riassumendo, sia l'art. 1243 c.c., comma 2, sia l'art. 35 c.p.c., prevedono che a decidere i contrapposti crediti sia il giudice dinanzi al quale essi sono contemporaneamente dedotti, mentre il meccanismo previsto dall'art. 35 c.p.c., è attivabile nel solo caso in cui il giudice del credito principale non possa conoscere di quello opposto in compensazione.



Pertanto, alla luce dell'esaminata disciplina, cade anche l'argomento contenuto nella sentenza n. 23573 del 2013 della disparità di trattamento tra credito opposto contestato nel giudizio sul credito principale e credito opposto già contestato in giudizio pendente davanti ad altro giudice. La disparità di trattamento non attiene a fattispecie identiche sul piano processuale; sussisterebbe laddove vi fossero norme che, contraddittoriamente, prevedessero la possibilità di dedurre un credito in compensazione non contestato e altre norme che escludessero tale possibilità per un credito contestato giudizialmente davanti ad un giudice competente per vagliare entrambe le posizioni.

Nè infine alcuna norma di quelle scrutinate dalla sentenza n. 23573/2013 prevede, in via analogica, che la causa in cui sia pronunciata condanna con riserva venga rimessa sul ruolo - il che presuppone sempre la competenza del giudice che ha deciso con riserva - per verificare l'esistenza delle condizioni della compensazione e poi sospendere la decisione ai sensi dell'art. 295 c.p.c., o art. 377 c.p.c., comma 2, in attesa della decisione incontrovertibile di altro giudice sul controcredito. Senza sottacere che, poichè anche il credito accertato definitivamente potrebbe essere contestato dal creditore principale per fatti sopravvenuti, l'attività del giudice potrebbe nuovamente paralizzarsi se non competente a verificare la fondatezza del fatto sopravvenuto ed egli dovrebbe nuovamente sospendere il processo in attesa della decisione definitiva sul controcredito. E poichè nell'attuale regime processuale - art. 42 c.p.c. - non vi è più spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale, che, ove ammessa, si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza e della tutela giurisdizionale sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo (S.U. 14670 del 2003, 23906/2010 22324/2014), deve ritenersi preclusa la configurazione di una nuova ipotesi di sospensione del processo non prevista espressamente da una norma del rito civile, nemmeno in via di analogia, come invece ritiene la decisione n. 23573/2013.

10.- Si deve quindi concludere che le norme di cui agli artt. 34, 35, 36, 40, 295 e 337 c.p.c., sia che la controversia sull'esistenza del controcredito sorga nel giudizio sul credito principale, sia che già penda dinanzi ad un giudice di pari grado o superiore, non rilevano sulla speciale disciplina delineata dall'art. 1243 c.c., comma 2, perchè le norme sulla competenza per accertare l'esistenza del controcredito sono estranee alla compensazione giudiziale, come da tempo risalente avvertito da questa Corte.

Con la decisione n. 4129 del 1956 si rilevò infatti che: "Se il convenuto chiede non soltanto il rigetto della domanda dell'attore per compensazione con un suo credito di ammontare superiore, ma anche la condanna dell'attore a pagargli la differenza, ricorre l'ipotesi dell'art. 36 c.p.c., di domanda riconvenzionale che dipende dal titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione. In tal caso, poichè la compensazione giudiziale prevista dal secondo comma dell'art. 1243 c.c., è ammessa solo se sussiste la facile e pronta liquidazione del credito opposto, egli, coordinando gli artt. 35, 36 e 112 c.p.c., deve emettere condanna per il credito principale certo e liquido, rigettare l'eccezione di compensazione giudiziale, ed iniziare l'istruttoria per il controcredito, ove competente, ovvero rimettere la causa su di esso al giudice competente non potendo allo stato il controcredito operare come compensativo, avendo il convenuto chiesto per esso la condanna dell'attore. Quindi il giudice, operata la valutazione insindacabile e discrezionale di non liquidabilità facile e pronta del controcredito, e per tale ragione respinta l'eccezione di compensazione, deve provvedere sulla domanda riconvenzionale di condanna per il controcredito".



11.- Queste Sezioni Unite, confermano, in conformità alle conclusioni del P.M., il consolidato orientamento di legittimità e ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, affermano i seguenti principi di diritto:

A) "Le norme del codice civile sulla compensazione stabiliscono i presupposti sostanziali, oggettivi, del credito opposto in compensazione: liquidità - che include il requisito della certezza - ed esigibilità. Verificata la ricorrenza dei predetti requisiti, il giudice dichiara l'estinzione del credito principale per compensazione - legale - a decorrere dalla coesistenza con il controcredito e, accogliendo la relativa eccezione, rigetta la domanda.

B) Se il credito opposto in compensazione è certo, ma non liquido, nel senso di non determinato, in tutto o in parte, nel suo ammontare, il giudice può provvedere alla relativa liquidazione se è facile e pronta; quindi, o può dichiarare estinto il credito principale per compensazione giudiziale fino alla concorrenza con la parte di controcredito liquido, o può sospendere cautelativamente la condanna del debitore fino alla liquidazione del controcredito eccetto in compensazione.

C) Se è controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale, o in altro giudizio già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione (art. 35 c.p.c.) il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale né giudiziale.

D) La compensazione giudiziale, di cui all'art. 1243 c.c., comma 2, presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale la medesima compensazione è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo. In tale ipotesi, pertanto, resta esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale, e va parimenti esclusa l'invocabilità della sospensione contemplata in via generale dall'art. 295 c.p.c., o dall'art. 337 c.p.c., comma 2, in considerazione della prevalenza della disciplina speciale del citato art. 1243 c.c."

12.- Sussistono ragioni per compensare le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

Le Sezioni Unite dichiarano inammissibile il ricorso.

Ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, affermano i seguenti principi di diritto:

A) "Le norme del codice civile sulla compensazione stabiliscono i presupposti sostanziali, oggettivi, del credito opposto in compensazione: liquidità - che include il requisito della certezza - ed esigibilità. Verificata la ricorrenza dei predetti requisiti, il giudice dichiara l'estinzione del credito principale per compensazione - legale - a decorrere dalla coesistenza con il controcredito e, accogliendo la relativa eccezione, rigetta la domanda.

B) Se il credito opposto in compensazione è certo, ma non liquido, nel senso di non determinato, in tutto o in parte, nel suo ammontare, il giudice può provvedere alla relativa liquidazione se è facile e pronta; quindi, o può dichiarare estinto il credito principale per compensazione giudiziale fino alla concorrenza con la parte di controcredito liquido, o può sospendere cautelativamente la condanna del debitore fino alla liquidazione del controcredito eccetto in compensazione.

C) Se è controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale, o in altro giudizio già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione (art. 35 cod. proc. civ.) il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale né giudiziale.

D) La compensazione giudiziale, di cui all'art. 1243 c.c., comma 2, presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale la medesima



compensazione è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo. In tale ipotesi, pertanto, resta esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale, e va parimenti esclusa l'invocabilità della sospensione contemplata in via generale dall'art. 295 c.p.c., o dall'art. 337 c.p.c., comma 2, in considerazione della prevalenza della disciplina speciale del citato art. 1243 c.c."

Così deciso in Roma, il 8 marzo 2016.

Depositato in Cancelleria il 15 novembre 2016



CORTE DI GIUSTIZIA
SENTENZA DELLA CORTE (DECIMA SEZIONE)
26 OTTOBRE 2016

«Impugnazione – Domanda di marchio dell’Unione europea – Marchio figurativo contenente gli elementi verbali “bambino” e “lük” – Opposizione – Marchio figurativo anteriore dell’Unione europea contenente l’elemento verbale “bambino” – Parziale diniego di registrazione – Decadenza del marchio anteriore su cui si fonda l’opposizione – Lettera della ricorrente che comunica al Tribunale tale decadenza – Rifiuto del Tribunale di versare al fascicolo di causa tale lettera – Difetto di motivazione»

Nel procedimento C-482/15 P,

avente ad oggetto l’impugnazione, ai sensi dell’articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, proposta il 9 settembre 2015,

Westermann Lernspielverlage GmbH, ex Westermann Lernspielverlag GmbH, con sede a Braunschweig (Germania), rappresentata da A. Nordemann e M. Maier, Rechtsanwälte, ricorrente,

procedimento in cui l’altra parte è:

Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), rappresentato da J. Crespo Carrillo, in qualità di agente,

convenuto in primo grado,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da M. Berger, presidente di sezione, A. Borg Barthet e F. Biltgen (relatore), giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l’avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con la sua impugnazione, la Westermann Lernspielverlage GmbH, ex Westermann Lernspielverlag GmbH (in prosieguo «la Westermann»), chiede l’annullamento della sentenza del Tribunale dell’Unione europea del 15 luglio 2015, Westermann Lernspielverlag/UAMI – Diset (bambinoLÜK) (T-333/13, non pubblicata, EU:T:2015:490; in prosieguo la «sentenza impugnata»), con la quale esso ha respinto il ricorso diretto all’annullamento della decisione della seconda commissione di ricorso dell’Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), del 3 aprile 2013 (procedimento R 1323/2012-2), relativa a un procedimento di opposizione tra la Diset SA e la Westermann (in prosieguo la «decisione controversa»).

Contesto normativo

2 Il regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul marchio dell’Unione europea (GU 2009, L 78, pag. 1), nella versione applicabile al caso di specie, al suo articolo 8, paragrafo 1, lettera b), enuncia quanto segue:

«In seguito all’opposizione del titolare di un marchio anteriore, il marchio richiesto è escluso dalla registrazione se:

(...)



b) a causa dell'identità o della somiglianza di detto marchio col marchio anteriore e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi per i quali i due marchi sono stati richiesti, sussiste un rischio di confusione per il pubblico del territorio nel quale il marchio anteriore è tutelato; il rischio di confusione comprende il rischio di associazione con il marchio anteriore».

3 L'articolo 65 del medesimo regolamento, intitolato «Ricorso dinanzi alla Corte di giustizia», ai paragrafi da 1 a 3, così dispone:

«1. Avverso le decisioni delle commissioni di ricorso può essere proposto ricorso dinanzi alla Corte di giustizia.

2. Il ricorso può essere proposto per incompetenza, per violazione di norme che prescrivono una determinata forma, per violazione del trattato, del presente regolamento o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione o per sviamento di potere.

3. La Corte di giustizia è competente sia ad annullare che a riformare la decisione controversa».

4 Ai termini dell'articolo 69, lettere c) e d), del regolamento di procedura del Tribunale, un procedimento pendente può essere sospeso:

«(...)

c) su domanda di una parte principale con l'accordo dell'altra parte principale;

d) in altri casi particolari, qualora lo richieda la buona amministrazione della giustizia».

5 L'articolo 77 del regolamento di procedura del Tribunale, intitolato «Informazioni relative alle notifiche», così prevede:

«1. Ai fini del procedimento, il ricorso indica se la modalità di notifica accettata dal rappresentante del ricorrente è quella prevista dall'articolo 57, paragrafo 4, oppure il telefax.

2. Se il ricorso non è conforme a quanto prescritto al paragrafo 1, tutte le notifiche alla parte interessata relative al procedimento sono effettuate, fino a che tale vizio non sia stato sanato, mediante lettera raccomandata indirizzata al rappresentante della parte. In tal caso, la notifica si considera avvenuta regolarmente col deposito della lettera raccomandata presso l'ufficio postale del luogo in cui ha sede il Tribunale».

Fatti

6 Il 5 maggio 2010 la Westermann ha presentato all'EUIPO una domanda di registrazione di marchio dell'Unione europea ai sensi del regolamento n. 207/2009.

7 Il marchio oggetto della domanda di registrazione è il segno figurativo seguente:

bambino 

8 I prodotti per i quali è stata chiesta la registrazione rientrano nelle classi 9, 16 e 28 di cui all'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957, relativo alla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi ai fini della registrazione dei marchi, come riveduto e modificato (in prosieguo: l'«Accordo di Nizza»), e corrispondono, per ciascuna di tali classi, alla descrizione seguente:

– classe 9: «Supporti video, audio, audiovisivi e supporti dati di ogni genere (compresi nella classe 9), in particolare videocassette, dischi acustici, musicassette, CD, videodischi, DVD, CD Rom, CDI, floppy disk, in particolare sotto forma di prodotti editoriali elettronici e per fini didattici e formativi, e ancora videogiochi e giochi per computer concepiti per essere utilizzati con ricevitori televisivi, in particolare a scopo d'insegnamento



e istruzione; software, in particolare a scopo d'istruzione e insegnamento; apparecchi per l'elaborazione dati, computer e altro tipo di hardware di computer con parti ed accessori (compresi nella classe 9), tutti i prodotti, non legati ad autoveicoli o parti di autoveicoli di ogni genere»;

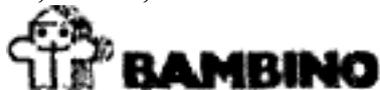
– classe 16: «Prodotti tipografici ed editoriali di ogni tipo (compresi nella classe 16), in particolare libri, libretti, classificatori, periodici [riviste], giornali, calendari, manifesti, [fogli], trasparenti, pellicole, biglietti illustrati, schede, cartine geografiche, mappe da parete, in particolare a scopo d'insegnamento e istruzione; materiale per l'istruzione e l'insegnamento (tranne gli apparecchi) in particolare sotto forma di stampati, giochi, mappamondi, lavagne, strumenti per disegnare alla lavagna; fotografie (copie ed originali); poster; articoli di cartoleria e strumenti di scrittura, in particolare penne stilografiche, penne a sfera, matite colorate e matite; articoli per ufficio (tranne i mobili), in particolare timbri, tamponi e inchiostri per timbri, tagliacarte, cestini per la corrispondenza, raccoglitori per documenti, sottomano, perforatori, fermagli e punti metallici; decalcomanie, trasferelli, adesivi in carta e plastica»;

– classe 28: «Giochi, in particolare giochi da tavolo, giochi di domino, giochi di società, giochi di carte, giochi per l'apprendimento e giochi di strategia, in formato tradizionale e anche in formato elettronico (esclusi quelli concepiti per essere utilizzati con televisori); giochi e giocattoli; videogiochi o giochi per computer elettronici, esclusi quelli concepiti per essere utilizzati con apparecchi televisivi, aventi in particolare finalità d'insegnamento ed istruzione».

9 La domanda di registrazione di marchio dell'Unione europea è stata pubblicata nel *Bollettino dei marchi dell'Unione europea* n. 2010/122, del 6 luglio 2010.

10 Il 14 settembre 2010 la Diset ha proposto opposizione, ai sensi dell'articolo 41 del regolamento n. 207/2009, avverso la registrazione del marchio controverso per i prodotti indicati al punto 8 della presente sentenza.

11 L'opposizione si fondava, in particolare, sul marchio figurativo dell'Unione europea anteriore, registrato il 6 luglio 2004 con il numero 3915121 per prodotti e servizi delle classi 16, 28 e 41, ai sensi dell'Accordo di Nizza, di seguito riprodotto:



12 I prodotti e servizi coperti dal marchio anteriore rientrano nelle classi 16, 28 e 41 ai sensi dell'Accordo di Nizza e corrispondono, per ciascuna di tali classi, alla seguente descrizione:

- classe 16: «Pubblicazioni, riviste, libri e fiabe per bambini»;
- classe 28: «Mattoncini da costruzione e giochi e giocattoli educativi per i più piccoli, tranne bambole e figurine»;
- classe 41: «Educazione; formazione; divertimento; attività sportive e culturali».

13 Il motivo dedotto a sostegno dell'opposizione era quello di cui all'articolo 8, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 207/2009.

14 Il 25 maggio 2012 la divisione di opposizione dell'EUIPO ha accolto parzialmente l'opposizione. Essa ha ritenuto che esistesse un rischio di confusione, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 207/2009, tra i segni in conflitto, tranne per quello che riguarda i prodotti appartenenti alla classe 16, ai sensi dell'Accordo di Nizza, oggetto della domanda di registrazione di marchio dell'Unione europea, corrispondenti alla



descrizione «articoli di cartoleria e strumenti di scrittura, in particolare penne stilografiche, penne a sfera, matite colorate e matite; articoli per ufficio (tranne i mobili), in particolare timbri, tamponi e inchiostri per timbri, tagliacarte, cestini per la corrispondenza, raccoglitori per documenti, sottomano, perforatori, fermagli e punti metallici; decalcomanie, trasferelli, adesivi in carta e plastica».

15 Il 18 luglio 2012 la Westermann ha proposto ricorso dinanzi all'EUIPO avverso la decisione della divisione d'opposizione di tale ufficio, ai sensi degli articoli da 58 a 64 del regolamento n. 207/2009.

16 Con la decisione controversa, la seconda commissione di ricorso dell'EUIPO ha parzialmente accolto il ricorso, autorizzando la registrazione del marchio controverso per i «computer, in particolare, destinati all'istruzione e all'insegnamento (poiché non tutti i prodotti sono relazionati ad autoveicoli o pezzi di veicoli di qualsiasi genere)» nonché per le «attrezzature per il trattamento dell'informazione, computer e altro materiale informatico e i relativi pezzi e accessori (compresi nella classe 9) (poiché non tutti i prodotti sono relazionati ad autoveicoli o pezzi di autoveicoli di qualsiasi genere)», tutti appartenenti alla classe 9, ai sensi dell'Accordo di Nizza, e ha respinto il ricorso per gli altri prodotti appartenenti alle classi, 9, 16 e 28, ai sensi di tale accordo.

Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

17 A sostegno del suo ricorso di primo grado, la Westermann ha dedotto un motivo unico, vertente sulla violazione dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 207/2009.

18 Il Tribunale ha respinto tale motivo in quanto infondato e, pertanto, ha respinto il ricorso proposto dalla Westermann.

Conclusioni delle parti dinanzi alla Corte

19 La ricorrente chiede che la Corte voglia annullare la sentenza impugnata, rinviare la causa al Tribunale e condannare l'EUIPO alle spese.

20 L'EUIPO chiede che la Corte voglia respingere l'impugnazione e condannare la Westermann alle spese.

Sull'impugnazione

21 La Westermann invoca due motivi a sostegno della sua impugnazione, attinenti, rispettivamente, alla violazione del diritto di essere ascoltati e del diritto a un equo processo nonché alla violazione dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 207/2009.

Sul secondo motivo

Argomenti delle parti

22 Con il secondo motivo, che occorre esaminare in primo luogo, la Westermann sostiene che, prendendo in considerazione, in fase di esame della fondatezza della valutazione del rischio di confusione tra i marchi in conflitto svolta dalla seconda commissione di ricorso dell'EUIPO nella decisione controversa, il marchio anteriore su cui si fonda l'opposizione alla registrazione del marchio richiesto dalla Westermann, quando tale marchio anteriore era scaduto e quindi non aveva più effetto alla data dell'introduzione del suo ricorso in primo grado, il Tribunale ha commesso un errore di diritto e uno snaturamento dei fatti.

23 Infatti, si evincerebbe dalla giurisprudenza della Corte e, in particolare, dalla sentenza dell'11 novembre 1997, SABEL (C-251/95, EU:C:1997:528, punto 22), che il rischio di confusione tra marchi in conflitto deve essere oggetto di valutazione globale, tenendo conto di tutti i fattori pertinenti del caso di specie e, in particolare, dell'impressione



d'insieme data da detti marchi.

24 La Westermann considera che, pertanto, il Tribunale avrebbe dovuto rinviare la causa alla seconda commissione di ricorso dell'EUIPO affinché l'opposizione fosse valutata sulla base dei marchi della Diset diversi dal detto marchio anteriore.

25 Inoltre, la Westermann ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto per aver considerato, da un lato, l'elemento «bambino» come dominante nei marchi in conflitto e l'elemento «lük» come trascurabile a causa della sua posizione secondaria nel marchio complesso e, dall'altro, l'elemento figurativo di un bambino stilizzato come meno distintivo rispetto al termine «bambino» e dunque come trascurabile nel marchio complesso, così come per essere giunto alla conclusione che un elemento poco distintivo può costituire un elemento dominante in un marchio complesso, può portare a trascurare altri elementi del marchio e a una somiglianza tra i segni e quindi a un rischio di confusione.

26 Per l'EUIPO il secondo motivo dev'essere respinto.

Giudizio della Corte

27 Si deve, innanzitutto, ricordare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, ai termini dell'articolo 65, paragrafo 2, del regolamento n. 207/2009, il Tribunale può annullare o riformare la decisione di una commissione di ricorso dell'EUIPO solo «per incompetenza, per violazione di norme che prescrivono una determinata forma, per violazione del trattato, del [detto] regolamento o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione o per sviamento di potere». Ne consegue che il Tribunale può annullare o riformare la decisione oggetto del ricorso solo se, al momento in cui essa è stata adottata, la medesima era viziata da uno di questi motivi di annullamento o di riforma. Il Tribunale non può invece annullare o riformare detta decisione per motivi insorgenti dopo la sua pronuncia (v. sentenze dell'11 maggio 2006, Sunrider/UAMI, C-416/04 P, EU:C:2006:310, punti 54 e 55; del 13 marzo 2007, UAMI/Kaul, C-29/05 P, EU:C:2007:162, punti 52 e 53, nonché ordinanza del 30 giugno 2010, Royal Appliance International/UAMI, C-448/09 P, non pubblicata, EU:C:2010:384, punti 43 e 44).

28 Quindi la Corte ha considerato che l'emananda decisione di un giudice nazionale sulla decadenza del marchio anteriore su cui si fonda l'opposizione non può essere presa in considerazione dal Tribunale in sede di sindacato della legittimità della decisione della commissione di ricorso dell'EUIPO (v. in tal senso, sentenze dell'11 maggio 2006, Sunrider/UAMI, C-416/04 P, EU:C:2006:310, punto 55; del 13 marzo 2007, UAMI/Kaul, C-29/05 P, EU:C:2007:162, punto 53, nonché ordinanza del 30 giugno 2010, Royal Appliance International/UAMI, C-448/09 P, non pubblicata, EU:C:2010:384, punto 45).

29 Inoltre, la Corte ha già dichiarato che la caducità del marchio anteriore, intervenuta dopo la presentazione del ricorso dinanzi al Tribunale, non ha privato dell'oggetto né degli effetti la decisione della commissione di ricorso dell'EUIPO. La valutazione contenuta in tale decisione, secondo la quale sussiste un rischio di confusione tra i marchi in conflitto, continuava dunque a produrre effetti al momento in cui il Tribunale ha pronunciato la sua sentenza (ordinanza dell'8 maggio 2013, Cadila Healthcare/UAMI, C-268/12 P, non pubblicata, EU:C:2013:296, punti da 31 a 34).

30 Tenuto conto di tali considerazioni, e nella misura in cui, nel caso di specie, la data effettiva della decadenza del marchio anteriore su cui si fonda l'opposizione alla registrazione del marchio richiesto dalla Westermann, ossia il 13 giugno 2013, è posteriore alla decisione controversa, che data al 3 aprile 2013, occorre dichiarare che il Tribunale non



era obbligato, in sede di sindacato della legittimità della decisione controversa, a tener conto della decisione dell'EU IPO che dichiarava detta decadenza.

31 Occorre aggiungere che, conformemente all'articolo 55, paragrafo 1, del regolamento n. 207/2009, in caso di decadenza, il marchio dell'Unione europea è considerato, a decorrere dalla data della domanda di decadenza, privo degli effetti di cui a tale regolamento.

32 Orbene, qualora si dovesse ritenere che il Tribunale sia obbligato a tener conto di una decisione dell'EU IPO che dichiara la decadenza del marchio anteriore su cui si fonda l'opposizione, quando quest'ultima interviene a una data successiva alla data di adozione della decisione della commissione di ricorso dell'EU IPO che dichiara fondata l'opposizione, ciò sarebbe contrario alla giurisprudenza costante della Corte, citata al punto 27 della presente sentenza, secondo la quale il Tribunale non può annullare o riformare una simile decisione per motivi insorgenti dopo la sua pronuncia.

33 Alla luce di quanto precede, occorre dichiarare che il Tribunale non è incorso in errori di diritto quando ha esaminato la fondatezza della valutazione svolta dalla seconda commissione di ricorso dell'EU IPO, nella decisione controversa, del rischio di confusione tra i marchi in conflitto, poiché, alla data in cui tale decisione è stata adottata, il marchio anteriore su cui si fonda l'opposizione alla registrazione del marchio richiesto dalla Westermann produceva gli effetti previsti dal regolamento n. 207/2009.

34 L'argomento sollevato dalla Westermann a tal proposito deve pertanto essere respinto.

35 A questo proposito, occorre ricordare che dagli articoli 256, paragrafo 1, TFUE e 58, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea risulta che l'impugnazione deve limitarsi ai motivi di diritto. Il Tribunale è competente in via esclusiva ad accertare e valutare i fatti rilevanti, nonché a vagliare gli elementi di prova. La valutazione dei fatti ed elementi di prova non costituisce, quindi, una questione di diritto, come tale soggetta al controllo della Corte nell'ambito di un'impugnazione, salvo il caso di snaturamento di tali fatti e di tali elementi (v. sentenza dell'11 maggio 2006, Sunrider/UAMI, C-416/04 P, EU:C:2006:310, punto 49 e giurisprudenza ivi citata, nonché ordinanza del 4 giugno 2015, Junited Autoglas Deutschland/UAMI, C-579/14 P, non pubblicata, EU:C:2015:374, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

36 Inoltre, un siffatto snaturamento deve risultare manifestamente dai documenti del fascicolo, senza che sia necessario procedere a una nuova valutazione dei fatti e delle prove (v., in tal senso, sentenza del 2 settembre 2010, Calvin Klein Trademark Trust//UAMI, C-254/09 P, EU:C:2010:488, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).

37 Ciò detto, occorre rilevare che l'argomento della Westermann relativo alla valutazione, da parte del Tribunale, della somiglianza tra i segni in conflitto e, in particolare, tra gli elementi «bambino», «lük» e l'elemento figurativo di un bambino stilizzato è irricevibile, poiché, sotto il pretesto di un asserito errore di diritto, tale argomento tende, in realtà, a contestare, senza far valere alcuno snaturamento, la valutazione stessa, da parte del Tribunale, di tali elementi di fatto, il che non rientra nel sindacato della Corte nell'ambito di un'impugnazione.

38 Di conseguenza, il secondo motivo dev'essere respinto in quanto parzialmente irricevibile e parzialmente infondato.

Sul primo motivo

Argomenti delle parti



39 Nell'ambito del primo motivo, la Westermann contesta al Tribunale di aver rifiutato di versare al fascicolo della causa di cui trattasi una lettera del 12 giugno 2015, con la quale essa lo informava dell'esistenza della decisione della seconda commissione di ricorso dell'EUIPO del 22 maggio 2015 (procedimento R 2209/2014-2), che dichiarava, con effetto retroattivo al 13 giugno 2013, la decadenza del marchio anteriore su cui si fonda l'opposizione, con la motivazione che tale documento non era previsto dal regolamento di procedura del Tribunale.

40 Secondo la Westermann, rifiutando di prendere in considerazione tale lettera e di menzionare, nella sentenza impugnata, il fatto che il marchio anteriore sui cui si fonda l'opposizione non esisteva più al momento in cui è stata emanata la sentenza, il Tribunale le ha impedito di fornire prove pertinenti e, pertanto, ha violato il suo diritto a essere ascoltata così come il suo diritto a un equo processo.

41 Nella controreplica, la Westermann aggiunge che la decisione controversa e la sentenza impugnata hanno violato il suo diritto fondamentale di proprietà nei limiti in cui hanno respinto la sua domanda di registrazione di marchio dell'Unione europea.

42 Inoltre, la Westermann sostiene che, rifiutando, senza motivazione, di accogliere le domande di sospensione del procedimento che essa aveva presentato in primo grado, il Tribunale ha violato il suo diritto a un equo processo nonché l'articolo 69, lettere c) e d), e l'articolo 77 del regolamento di procedura del Tribunale.

43 Secondo la Westermann, poiché tali domande erano debitamente motivate nonché necessarie a garantire la buona amministrazione della giustizia, e l'EUIPO non vi si era opposto, il Tribunale avrebbe dovuto accoglierle.

44 Per l'EUIPO il primo motivo dev'essere respinto.

Giudizio della Corte

45 Si deve, innanzitutto, rammentare che dai punti 30 e 33 della presente sentenza emerge, da un lato, che il Tribunale non era tenuto, in sede di sindacato della legittimità della decisione controversa, a tener conto della decisione dell'EUIPO che dichiara la decadenza del marchio anteriore su cui si fonda l'opposizione alla registrazione del marchio richiesto dalla Westermann e, dall'altro, che, alla data in cui è stata adottata la decisione controversa, detto marchio anteriore produceva gli effetti previsti dal regolamento n. 207/2009.

46 Ciò detto, tanto l'argomento attinente al fatto che, rifiutandosi, senza motivazione, di versare al fascicolo della presente causa la lettera del 12 giugno 2015 con la quale la Westermann lo informava dell'esistenza della decisione dell'EUIPO che dichiara il marchio anteriore decaduto e omettendo di menzionare tale informazione nella sentenza impugnata, il Tribunale avrebbe violato il diritto di essere ascoltata e il diritto a un equo processo della Westermann quanto l'argomento secondo il quale il Tribunale avrebbe respinto, a torto e senza motivazione, le domande di sospensione del procedimento formulate da quest'ultima, devono essere considerati inoperanti.

47 Infatti, è giocoforza osservare che tali argomenti non sono in grado di rimettere in causa quanto il Tribunale ha dichiarato nella sentenza impugnata, ovvero che la seconda commissione di ricorso dell'EUIPO ha giustamente constatato l'esistenza di un rischio di confusione tra i marchi in conflitto.

48 L'argomento attinente al fatto che la decisione controversa e la sentenza impugnata avrebbero violato il diritto fondamentale di proprietà della Westermann, va respinto in quanto irricevibile, dal momento che è stato sollevato per la prima volta in fase di



controreplica.

49 Di conseguenza, occorre respingere il primo motivo in quanto parzialmente irricevibile e parzialmente inoperante.

50 Poiché nessuno dei motivi sollevati dalla Westermann può essere accolto, occorre respingere l'impugnazione in toto.

Sulle spese

51 Ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte, applicabile al procedimento di impugnazione in forza dell'articolo 184, paragrafo 1, del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché l'EUIPO ne ha fatto domanda e la Westermann è rimasta soccombente, quest'ultima dev'essere condannata alle spese del presente giudizio.

Per questi motivi, la Corte (Decima Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) **L'impugnazione è respinta.**
- 2) **La Westermann Lernspielverlag GmbH è condannata alle spese.**